Der agent provocateur nach den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch im Vergleich mit dem geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Fleischmann
aus Freising
Gerichtsassessor beim Amtsgericht München

Approbiert am 16. Mai 1929.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929

29:293

Referent:
Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Erlangen, Fronleichnam 1929.

Der Verfasser.

Gliederung.

Seite

A. Einleitung § 1 1

B. Geschichtliches, Begriffsbestimmung § 2 2

C. Wesen der Anstiftung.

I. Allgemeines:

§ 3 7

§ 4 10

II. Im besonderen:

1. Akzessorietät § 5 21

2. Kausalzusammenhang § 6 26

3. Willensfreiheit § 7 35

4. Vorsatz § 8 38

D. Anwendung auf die Tätigkeit des agent provocateur.

1. Anstiftung zum Versuch § 9 45

2. Anstiftung zu formaler Vollendung § 10 47

3. Anstiftung zu generellem Gefährdungsdelikt § 11 . . . 49

4. Die strafbaren Aufforderungen § 12 50

5. Unterlassung der Verbrechensanzeige § 13 58

6. Mittelbare Täterschaft und Beihilfe § 14 60

7. Zusammenfassung § 15 62

E. Nichteingreifen und erfolgloses Eingreifen des agent provocateur.

1. Nachträgliches Einverständnis mit dem Erfolgseintritt § 16 63

2. Fahrlässige Unterlassung der Erfolgsverhinderung § 17 . 68

3. Erfolgloses Eingreifen des agent provocateur § 18 . . 70

F. Irrtum, Einwilligung des Verletzten.

1. Irrtum des agent provocateur § 19 71

2. Einwilligung des Verletzten § 20 74

G. Schlußwort § 21 78

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Berlin 1925.

Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1926.

Aschrott-von Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Band 1. Allgemeiner Teil. Berlin 1910.

von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht; 2. Band. Berlin 1907.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. 8./9. Auflage. Tübingen 1925.

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

— Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Berlin-Grunewald 1922.

Berolzheimer, Hans: Die akzessorische Natur der Teilnahme. Erlanger Dissertation. München 1909.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. 3. Band. Tübingen 1905.

Binding: Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 8. Auflage. Leipzig 1913.

— Die Normen und ihre Uebertretung. 2.—4. Band: 1914—1920.

Bing: Die Behandlung der Anstiftung im geltenden Strafrecht und im Entwurf. Würzburger Dissertation 1914.

von Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

— Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. G.S. 37 S. 257 ff.

Borchert: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. Berlin 1888.

Breidenbach: Commentar über das Großherzogl. Hessische Strafgesetzbuch. 1. Band 2. Abteilung. Darmstadt 1844.

von Buri: Ueber Causalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873.

van Calker: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. ZStW. 30 S. 279 ff.

— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. München und Leipzig 1891.

Clemens: Die Unterlassungsdelikte im Deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Strafr. Abh. Heft 149. Breslau 1912.

Dahm: Täterschaft und Teilnahme im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Strafr. Abh. Heft 224. Breslau 1927.

Deubert: Der agent provocateur und seine Beurteilung nach dem Reichsstrafgesetzbuche. Dissertation. Neunkirchen 1910.

Dopffel: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur. Tübinger Dissertation 1899.
Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch. 3. Aufl. 1925. Berlin und Leipzig.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung und zwei Anlagen. Berlin, den 14. Mai 1927.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1920.
Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1. Band. Berlin 1904.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. Tübingen 1926.
Geyer: Teilnahme Mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung. In H. H. 2 S. 349 ff. Berlin 1871.
Hälschner: Das Gemeine Deutsche Strafrecht. 1. Band. Bonn 1881.
Hagerup: Weitere Bemerkungen zur legislativen Behandlung der Teilnahme an Verbrechen. ZStW. 30 S. 755 ff.
Heilborn: Der agent provocateur. Berlin 1901.
Honig: Die Einwilligung des Verletzten. Teil I. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage. Mannheim 1919.
Ibach: Die Anstifung. Strafr. Abh. Heft 148. Breslau 1912.
Jastrow: Lockspitzel und Richter. In J.W. 1918 S. 810 ff.
Katzenstein: Der agent provocateur vom Standpunkt des R.St.G. Bs. In ZStW. 21 S. 374 ff.
Klee: Die relative Strafbarkeit des Mittäters und des Anstifters. In Festgabe für Josef Kohler. 4. Beitrag. Berlin 1919.
Klein: Der Versuch nach den Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch. Kölner Dissertation. Borna-Leipzig 1917.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Tiel. Leipzig 1917.
— Studien zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. Nürnberg und Leipzig 1910.
Kohlenberger: Anstiftung und intellektuelle Urheberschaft. Dissertation Würzburg 1924.
Kohler, Josef: Anstiftung und Agent provocateur. In Goltd. Arch. 55 S. 1 ff.
— Der Deutsche und der Oesterreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs. In Goltd. Arch. 56 S. 285 ff.
— Leitfaden des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.
— Studien aus dem Strafrecht. 1. Band. Mannheim 1890.
— Zur Lehre von der Anstiftung. II. Der Agent provocateur. In: Annalien der Großherzogl. Badischen Gerichte; 40. Band; 1874 S. 61 ff.
Korn: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insbesondere der Agent provocateur und der Anstifter bei error in obiecto und aberratio ictus. Göttingen 1902.
Kosterlitz: L'agent provocateur. Dissertation Breslau 1926.
Kriegsmann: Die Schuld nach dem Strafgesetze. II. ZStW. 30 S. 542 ff.
Landsberg: Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im Deutschen Strafrecht. Freiburg i. B. 1890.
von Lilienthal: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch in ZStW. 30 S. 224 ff.
von Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. Berlin 1927.
Lobe: Der Entwurf eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs. In J.W. 1925 S. 882 ff.
Löwenheim: Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte. In: Strafr. Abh. Heft 9. Breslau 1897.

Ludwig: Die Lehre von der Teilnahme und ihre Behandlung im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. In: Strafr. Abh. Heft 223. Breslau 1927.
Martini: Die strafrechtliche Behandlung des agent provocateur. Dissertation Breslau 1925.
Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Meves: Stellung des Anstifters zu § 46 StGB. In Goltd. Arch. 1889—1890, Band 37 S. 397 ff.
von Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927. Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der Deutschen Strafrechtskommission. Berlin 1913.
Raab: Die strafrechtliche Stellung des agent provocateur. Dissertation Köln 1924.
Röhricht: Die rechtliche Natur der Anstiftung. Strafr. Abh. Heft 163. Breslau 1913.
Römer: Das Verhältnis der Anstiftung zur mittelbaren Täterschaft nach dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. Dissertation Erlangen 1923.
Singewald: Der agent provocateur. Strafr. Abh. Heft 83. Breslau 1908.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch; Begründung. Berlin 1909.
Vorschläge zum Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, ausgearbeitet von dem Strafrechtsausschuß der Münchener juristischen Studiengesellschaft. München 1922.
Wach: Der neue Strafgesetzentwurf. Allgemeiner Teil. In: D.J.Z. 30 Sp. 529 ff.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. f. ziv. Pr. 99 S. 1 ff.

A. Einleitung.

§ 1.

Der Streit, ob und inwieweit der agent provocateur (= a. p.) strafbar ist, will, seit er einmal entfacht, nicht mehr zur Ruhe gelangen. Wenn auch wenig Fälle in der Oeffentlichkeit bekannt geworden sind, in denen die Tätigkeit eines a. p. den Anlaß zur Bestrafung des oder der Angeklagten gebildet hatte — vgl. hiezu den Frankfurter Eisenbahnschaffnerprozeß,[1]) den von Jastrow in der J. W. 1918 erwähnten Fall[2]) und die Entscheidung des RG. in Strafsachen Bd. 67 S. 243 —, so darf doch nicht daran gezweifelt werden, daß nicht selten, und zwar gerade in wichtigen Fällen, die ihren Ausgangspunkt in Politik oder Wirtschaft haben, der angeklagte Täter das Opfer eines a. p. geworden ist.[3])

Ueber die moralische Wertung der a. p. und über ihre Existenzberechtigung als Hilfsmittel der Polizei herrscht größte Meinungsverschiedenheit.[4]) Dabei kommen auf der einen Seite bald mehr, bald weniger scharf tadelnde Urteile zum Ausdruck, während auf der anderen Seite mit nicht zu unterschätzenden Gegengründen die Tätigkeit der a. p. verteidigt wird.

Auch die rechtliche Würdigung ist eine ganz verschiedenartige, da gerade bei Prüfung der Frage der Strafbarkeit des a. p. zahlreiche wissenschaftliche Streitfragen auftauchen. Während von Bar,[5]) Borchert,[6]) Binding,[7]) Löwenheim,[8]) Heil-

---

[1]) Dopffel a. a. O. S. 1 ff.

[2]) Jastrow J.W. 1918 S. 810, 811.

[3]) Vgl. Olshausen a. a. O. § 48 Note 14 3. Absatz „Strafsachen von politischer Bedeutung haben erkennen lassen, welch gewaltigen Umfang das Agenten- und Zuträgerwesen angenommen hat . . ."

[4]) Vgl. Dopffel S. 93, Raab S. 98, Martini S. 9, Kohler in Goltd. Arch. Bd. 55 S. 9/10, Heilborn S. 189 ff., Singewald S. 121 ff., Kohler Ann. S. 64, Stud., I S. 122. Kosterlitz S. 31, 39.

[5]) v. Bar Ges. u. Sch. Bd. 2 S. 644.

[6]) Borchert a. a. O. S. 57.

[7]) Binding Grdr. S. 171.

[8]) Löwenheim S. 50.

born,[9]) Köhler,[10]) Kriegsmann,[11]) Olshausen[12]) u. a. den a. p. für strafbar erklären, spricht sich die herrschende Meinung, vertreten u. a. von Finger,[13]) Birkmeyer,[14]) Wachenfeld,[16]) Kohler,[17]) Katzenstein,[18]) von Liszt,[19]) Allfeld,[20]) Frank,[21]) Martini,[22]) Deubert,[23]) Singewald,[24]) Korn,[25]) Ibach,[26] Bing,[27]) Kohlenberger,[28]) Lobe,[29]) für Straflosigkeit des a. p. aus.

Ueber die Gründe, die sich im einzelnen für und wider Strafbarkeit des a. p. anführen lassen, ist bereits eingehend von berufenerer Feder geschriebena worden. Wenn gleichwohl im folgenden die Frage wiederum aufgerollt werden soll, so ist der Zweck nicht so sehr zu den verschiedenen Meinungen in dem einen oder anderen Sinne Stellung zu nehmen, als vielmehr sine ira et studio zu untersuchen, wie es hinsichtlich der Strafbarkeit des a. p. unter der Herrschaft des künftigen Deutschen Strafgesetzbuchs stehen wird. Dabei soll, da die Strafrechtsreform im letzten Jahrzehnt sich ihrem Ziele schon sehr genähert hat, der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung vom 14. Mai 1927 unserer Betrachtung als Grundlage dienen.

B. Geschichtliches; Begriffsbestimmung.

§ 2.

Menschen, die ihren Nächsten zu einem strafbaren Tun verleiten, um ihn dann, sei es nach Vollendung der Tat, sei es noch in deren Versuchsstadium, der strafenden Gerechtigkeit anheim fallen zu lassen, hat es wohl schon in früheren Zeiten gegeben; es sind uns jedoch keine derartigen Fälle überliefert.

[9]) Heilborn S. 188.
[10]) Köhler D. StrR. S. 499 u. 524.
[11]) Kriegsmann a. a. O. S. 554/55.
[12]) Olshausen § 48 Note 14, 3. Abs.
[13]) Finger a. a. O. Bd. 1 S. 351.
[14]) Geyer H. H. Bd. 2 S. 349; Bd. 4 S. 161.
[15]) Birkmeyer V. d. A. Bd. 2 S. 65.
[16]) Wachenfeld, Lehrb. S. 205.
[17]) Kohler D. StR. Bd. 1 S. 122.
[18]) Katzenstein S. 418, 430.
[19]) v. Liszt a. a. O. § 52, II 3 a.
[20]) Allfeld a. a. O. S. 207.
[21]) Frank § 48, III.
[22]) Martini S. 38.
[23]) Deubert S. 18/19.
[24]) Singewald S. 119.
[25]) Korn S. 25.
[26]) Ibach S. 74/75.
[27]) Bing S. 33/34.
[28]) Kohlenberger S. 34/35.
[29]) Lobe in Eb. zu § 48 Note 2 A d.

Auch die alten Gesetzbücher enthalten keine den a. p. betreffenden Bestimmungen. Erst das Württembergische Strafgesetzbuch vom 1. 3. 1839, art. 445, die Oesterreichische Strafprozeßordnung vom 29. 7. 1853, § 146, und später ihr entsprechend die Oest.St.PO. v. 23. 5. 1873, § 25 beachten eine gesetzliche Bestimmung über die Strafbarkeit des a. p. Auch die neuere Gesetzgebung, einschließlich der Entwürfe zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch, erwähnt den a. p. im Gesetzestext nicht, wenngleich mitunter die Frage der Strafbarkeit des a. p. bei den Gesetzesberatungen den Gegenstand lebhafter Erörterungen bildete, und auch in den Begründungen der Entwürfe zu ihr Stellung genommen worden ist.

Größeres Interesse an der Tätigkeit der a. p.'s entstand erst, als der Staat daran ging, von sich aus Personen sich dienstbar zu machen, die die Aufgabe hatten, strafbare Handlungen auszuspionieren, indem sie sich in das Vertrauen verdächtiger Personen einschlichen. Ob diese Institution ein Werk Rußlands ist, wie Singewald [30]) annimmt, oder eine Schöpfung Frankreichs, wie aus dem Namen a. p., sc. de police geschlossen werden möchte, ist nicht mit Sicherheit festzustellen; jedenfalls ist sie eine Einrichtung des Polizeistaates und wurde besonders in Frankreich — man denke nur an Ludwig XIV., Richelieu, Marquis d'Argenson, sowie an die berüchtigten Lettres de cachet! [31]) — gerne benützt. Ehrgeiz und andere Motive veranlaßten gar bald die a. p. Verbrechen nicht nur aufzudecken, sondern ihrerseits erst hervorzurufen, um sie dann im geeigneten Augenblick aufzudecken und die Opfer der Bestrafung zuzuführen. Die Tätigkeit der a. p. bewegte sich zunächst nur auf politischem Gebiete; ihr Zweck war, verdächtige Elemente unschädlich zu machen oder Personen, die der Staatsgewalt mißliebig bezw. dem Herrscher in seinen politischen oder persönlichen Plänen hinderlich waren, auf Zeit oder dauernd aus dem Wege zu räumen.

Dieses Institut entwickelte sich immer mehr und gar bald erstreckte sich die Tätigkeit der a. p. auf den gesamten Normenkomplex des Strafrechts; sie richtete sich nicht mehr nur gegen politisch verdächtige, sondern auch gegen solche Personen, die der Begehung irgend eines Delikts für fähig gehalten wurden, sei es nun, daß man annahm, sie seien Gewohnheitsverbrecher, oder aber auch, daß man sie zu einer bestimmten Tat verführen wollte, zu deren Begehung sie ohne äußere Einflüsse von sich aus wohl niemals einen Entschluß gefaßt hätten.

Es konnte weiter auch nicht ausbleiben, daß sodann auch mancher Privatmann — nach dem Beispiel der Polizei —, um

[30]) Singewald S. 80 Anm. 2.
[31]) Vgl. auch Raab S. 7/8, Dopffel S. 6.

selbst eine verdächtige Person zu entlarven, oder um sich von einem seinen Privatinteressen hinderlichen oder ihm mißliebigen Dritten zu befreien, seinen Mitmenschen in Versuchung führte und ihn dann im geeigneten Augenblicke der Strafgewalt des Staates überantwortete.[32])

Entsprechend der geschichtlichen Entwicklung gestaltete sich auch der Begriff „a. p." um. Anfänglich verstand man unter a. p. Leute, die im Auftrage des Staates „Individuen, die man gerne in schwere Strafe bringen und dadurch beseitigen möchte", [33]) entlarven sollten, oder die durch Erregung von Unruhen Gelegenheit zu Staatsstreichen schaffen sollten.[34]) Gar bald jedoch wurde auf die Stellung der a. p. als Staatsbeamte oder wenigstens Beauftragte des Staates kein Gewicht mehr gelegt. Auch der Beweggrund (Politik) wurde nicht mehr für wesentlich erachtet. Glaser war es, der als erster den neuen Begriff prägte, indem er ausführte,[35]) a. p. sei derjenige, der einen anderen zur Verübung eines Verbrechens nur deshalb anstifte, weil er wolle, daß dieser sodann überführt und bestraft werde. Ihm folgten Geyer [36]) und Kohler.[37])

Mit dieser Definition ist jedoch, wie Heilborn [38]) richtig bemerkt, der typische a. p.-Begriff noch nicht erreicht; denn „der Zweck allein kann" den a. p. „nie entschuldigen, wenn ihm eine Anstiftung im technischen Sinne zur Last fällt." [39]) Das entscheidende Moment ist vielmehr in der Willensrichtung des a. p. zu suchen. Hieraus ergibt sich erst der sachentsprechende Begriff des a. p.

Verfehlt ist auch, — wie Korn [40]) und ihm folgend Ibach [41]) — in die Begriffsbestimmung das Merkmal hereinzunehmen, daß der a. p. jemanden, der im Verdachte steht, ein Gewohnheitsverbrecher zu sein, verführt; denn es ist dies kein wesentliches Erfordernis des Objektes der a. p.-Tätigkeit; überdies wird gerade in derartigen Fällen sehr häufig eine a. p.-Tätigkeit sich um deswillen nicht entfalten können, weil der zu Verleitende ja omnimodo facturus und daher eine Anstiftung begifflich unmöglich ist.[42])

---

[32]) Vgl. Dopffel S. 9.
[33]) Vgl. Hepp Arch. d. Krim.-Rechts, a. F., 1848, S. 306 ff.
[34]) Vgl. Breidenbach S. 275/6.
[35]) in G. S. Bd. 10, 1858, S. 33.
[36]) in H. H. Bd. 2 S. 349.
[37]) Annal. d. Großherzogl. Bad. Gerichte Bd. 40, 1874, S. 64.
[38]) a. a. O. S. 5/6.
[39]) Ebenda S. 5.
[40]) S. 24.
[41]) S. 72/73.
[42]) v. Bar, Ges. u. Sch. II S. 647; dagegen wiederum Kriegsmann S. 555.

Es sind — wir folgen hiebei den Ausführungen Heilborns [43]) — vier Tätigkeitsformen des a. p. zu unterscheiden, aus denen sodann das gemeinsame Merkmal des a. p.-Begriffes festzustellen ist:

1. Der a. p. ruft in dem Anzustiftenden den Entschluß der Begehung nud Vollendung einer strafbaren Handlung hervor, will aber selbst nur den Versuch der Tat; er hofft, daß die Vollendung durch sein eigenes Eingreifen, das des Bedrohten oder der Polizei verhindert werde oder daß sie aus anderen Gründen nicht eintreten könne. Dieser Fall, den Borchert im Auge hat,[44]) ist wohl der geläufigste, wenn man von a. p.-Tätigkeit spricht; er ist jedoch, wie Heilborn [45]) bemerkt, nicht der einzige.

2. Der a. p. ruft den Entschluß zur Vollendung eines „Absichtsdeliktes" in dem anderen hervor, er will aber selbst nur dessen formale, nicht auch dessen materielle Vollendung; er will den Erfolg der Tat im letzten Augenblick vereiteln, z. B. dem Dieb die bereits in der Absicht rechtswidriger Zueignung ergriffene Sache wieder abnehmen bzw. abnehmen lassen.[46])

3. Der a. p. verleitet zu einer Tat, die schon wegen der mit ihr verbundenen Gefährdung der Sicherheit eines oder mehrerer Rechtsgüter unter Strafe gestellt ist, sog. generelles Gefährdaungsdelikt, auch „einfaches Delikt" genannt,[48]) z. B. der a. p. kauft ohne Erlaubnis der Polizei und ohne ärztliches Rezept in der Apotheke Kokain. Hier will er die Vollendung der Tat, die ja in diesem Falle unmittelbar mit der betreffenden Handlung selbst eintritt; aber er will auch hier keine tatsächliche Gefährdung eines fremden Rechtsgutes.[49])

4. Endlich ergibt sich noch eine Anzahl von Fällen, in denen der a. p. zu Teilnahme- oder Vorbereitungshandlungen anstiftet, die wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit vom Gesetzgeber zu delicta sui generis erhoben sind, z. B. zu einer strafbaren Aufforderung, zum hochverräterischen Komplott usw. Auch hier will der a. p. nur die formale Vollendung, nicht aber eine wirkliche Gefährdung der bedrohten Rechtsgüter.[50])

---

[43]) S. 5 ff.
[44]) S. 56.
[45]) S. 6.
[46]) Vgl. Geyer in H. H. Bd. 2 S. 349/350; Kohler Annal. S. 66 ff.; Stud. S. 123/125; Heilborn S. 6. Singewald S. 82.
[47]) Vgl. Merkel, Lehrb. S. 45.
[48]) Singewald S. 83.
[49]) Vgl. hiezu die bei Heilborn S. 7/8 angeführten Fälle.
[50]) Singewald S. 83 reiht auch diese Fälle unter die Gruppe 3 ein; es dürfte sich jedoch empfehlen, mit Heilborn S. 8 ff. diese 4. Gruppe bei der rechtlichen Würdigung gesondert zu betrachten.

Das Gemeinsame der unter 1. bis 4. aufgeführten Gruppen nun ist, daß der a. p. niemals die Gefährdung oder Verletzung des bedrohten Rechtsgutes will. Geht der Vorsatz des a. p. aber auch auf die materielle Vollendung des Deliktes und will er sein Opfer erst nach vollendeter Tat der Strafe zuführen, dann ist seine Tätigkeit eben nicht mehr die eines bloßen a. p. sondern sie ist — ohne Rücksicht auf seinen möglicherweise noch so edlen Beweggrund — als Anstiftung zu dem betreffenden vollendeten Delikte zu werten und demgemäß auch zu bestrafen. Der Beweggrund kann dann nur auf das Strafmaß, die Nebenstrafen und Nebenfolgen der Strafe, §§ 46 ff. E. 1927, von Einfluß sein.[51])

Somit ergibt sich: a. p. ist derjenige, welcher einen anderen in der Absicht ihn der staatlichen Strafgewalt zuzuführen, vorsätzlich zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt, mit dem Willen eine materielle Verletzung des bedrohten Rechtsgutes nicht eintreten zu lassen.[52])

Dieser von Heilbon gewonnenen Einteilung folgen u. a. auch Raab[53]); Martini[54]) und Deubert[55]); letzterer weist gegenüber der Anführung des qualifizierten Versuchs durch Singewald[56]) zutreffend darauf hin, daß der Gedanke gleichwohl derselbe bleibe, da strafrechtlich relevant das Delikt sei, dessen materielle Verletzung der a. p. nicht wolle.

Eine deutsche Bezeichnung, die dem Begriffe a. p. entspricht, gibt es nicht. Doch wird häufig der Ausdruck „Lockspitzel"[57]) in ähnlichem Sinne gebraucht; wenn auch letztere Bezeichnung noch umfassender ist als „a. p." — sie umfaßt z. B. auch den sog. Gelegenheitsmacher —, so soll sie doch im folgenden im gleichen Sinne gebraucht werden.[58])

Wohl zu unterscheiden ist der a. p. vom Spion, der lediglich geplante Verbrechen aufdeckt, sie aber niemals veranlaßt, ferner vom Fallensteller, — von Heilborn[59]) „listiger Vogelfänger" genannt —, der lediglich Gelegenheit zu einer strafbaren Handlung bereitet und darauf wartet, daß ein Opfer in die Falle gehen werde; endlich ist noch auf den Unterschied

---

[51]) S. übrigens auch die §§ 74, 76 E. 27.
[52]) Vgl. Heilborn S. 9; Singewald S. 85 kommt auf Grund der von ihm vertretenen Normentheorie zu einer etwas abweichenden Definition.
[53]) S. 14 ff.
[54]) S. 2 ff.
[55]) S. 1 ff.
[56]) S. 84.
[57]) Dieser Name ist dem von Henckell am 2. 2. 1888 in der Zürcher Post veröffentlichten „Lockspitzellied" entnommen.
[58]) Vgl. hiezu auch Heilborn S. 9 ff., Deubert S. 6.
[59]) a. a. O. S. 10/11.

vom Kronzeugen hinzuweisen, der wirklicher Teilnehmer ist, aber dann seine Komplizen verrät und als Belastungszeuge auftritt.[60]) Diese kurzen Hinweise mögen mit Rücksicht auf die eingehenden Darlegungen bei Heilborn[61]) und Singewald[62]) zur Einführung genügen.

C. Wesen der Anstiftung.

I. Allgemeines.

§ 3.

Wir wenden uns nun dem eigentlichen Gegenstande unserer Untersuchung zu, nämlich der Prüfung der Frage, ob und inwieweit der a. p. nach dem künftigen Deutschen Strafgesetzbuche, soweit man aus den z. Z. vorliegenden Entwürfen ersehen kann, strafbar sein wird.

Zur Beantwortung dieser Frage ist zuvörderst zu untersuchen, ob der a. p. unter irgendeine Form der „Täterschaft" (im weitesten Sinne) inbezug auf eine strafbare Handlung eingereiht werden kann.

Voraussetzung für eine etwaige Bestrafung des a. p. ist die Begehung einer objektiv strafbaren Handlung, die durch den a. p. verursacht und von ihm verschuldet ist. Daß auf Seiten des Verleiteten eine normwidrige, strafbare Tat vorliegt, bedarf keiner näheren Begründung; denn nur dann hat ja die Tätigkeit des a. p. einen Sinn, wenn sein Opfer ein Delikt[63]) begeht oder mindestens zu begehen versucht; andernfalls könnte die Absicht des a. p., nämlich den Verleiteten der Strafe anheimfallen zu lassen, nicht verwirklicht werden.

Was die allgemeinen Merkmale des Delikts anlangt, so hat sich hiemit hauptsächlich die Rechtswissenschaft beschäftigt; im Verlaufe der Strafrechtsreform kamen jedoch die ersten Entwürfe den vielfach geäußerten Wünschen nach einer gesetzlichen Festlegung der allgemeinen Begriffsmerkmale des Verbrechens entgegen; auch der Entwurf 1927 hat — im Gegensatz zur Reichsratsvorlage von 1925 — in größerem Umfange zu den allgemeinen Begriffsmerkmalen des Delikts Stellung genommen.[64]).

---

[60]) Hierüber und über die eigenartige Behandlung des Kronzeugen in England s. Heilborn S. 11—13, Dopffel S. 80 ff.

[61]) S. 3 ff.

[62]) S. 80—86.

[63]) Vgl. zum Begriff „Delikt" die ausführlichen Darlegungen bei Singewald S. 2 ff.

[64]) Vgl. die Definition des Vorsatzes und seiner verschiedenen Erscheinungsformen sowie der Fahrlässigkeit, E. 1927 §§ 16—19.

Wenn nun eine solche Handlung ausgeführt ist, auf welche die sämtlichen Begriffsmerkmale des Delitktes zutreffen, so ergibt sich bezüglich des a. p. die Frage, in welche Beziehung er dazu gebracht werden kann, m. a. W., ob er als Täter, Anstifter oder Gehilfe bestraft werden kann. In der Literatur herrscht lebhafter Streit darüber, ob die Unterscheidung von verschiedenen Teilnahmeformen am Verbrechen überhaupt Berechtigung hat; während die Mehrzahl der Schriftsteller im Einklang mit dem geltenden Rechte die Unterscheidung zwischen Täterschaft einerseits und Teilnahme, nämlich Anstiftung und Beihilfe, andererseits, vornehmen, fehlt es nicht an wissenschaftlich bedeutenden Stimmen, die diese Einteilung für künstlich, nicht dem wahren Wesen der Dinge entsprechend, erklären. So sagt Hagerup[65]): „Die Handlungen aber, die überhaupt als Ursachen juristisch in Betracht kommen können, sind ..... alle prinzipiell gleichwertig und bieten für eine begriffliche Unterscheidung keinen Halt." Nach seiner Ansicht „bietet sich für Materialdelikte überhaupt keine Möglichkeit dar, zwischen den Handlungen verschiedener Personen, die zum Erfolg beigetragen haben, einen begrifflichen Unterschied zu machen."[66]) Lediglich bei den Formaldelikten bestünde die Möglichkeit eines begrifflichen Unterschieds zwischen Täterschaft und Teilnahme; doch sei damit in kriminalpolitischer Beziehung nichts gewonnen.[67])

Die Stellung der Gesetzgebung zu der Frage hat sich im Laufe der Zeit geändert. Im römischen Rechte wurden bekanntlich auctores, socii, ministri, participes und fautores[68]) gleich bestraft; auch im älteren deutschen Recht war eine einwandfreie Scheidung der Begriffe noch nicht durchgeführt.[69]) Die italienische Lehre unterscheidet dann consilium, auxilium und mandatum. Die Carolina enthielt lediglich eine sich auf jede Art der Teilnahme beziehende allgemeine Bestimmung, art. 177. Erst die jüngeren Gesetzeswerke legten ihren Systemen die Unterscheidung der verschiedenen Teilnahmeformen zugrunde.[70]) Doch steht z. B. das Norwegische Strafgesetzbuch wiederum auf dem Boden der Gleichwertigkeit sämtlicher Teilnahmeformen; es wertet jeden, der bei einem Verbrechen irgendwie mitgewirkt hat, als „Verursacher" desselben, und zwar unterscheidet es zwischen unmittelbaren (Tätern) und mittelbaren (Anstifter und Gehilfen) Verur-

---

[65]) a. a. O. S. 760.
[66]) Ebenda S. 760/761.
[67]) Ebenda S. 765.
[68]) cuius ope, consilio, cuius dolo malo id factum erit, quive id fieri iussit faciendumve curaverit.
[69]) Hier wurden das Gefolge („Volleister") und die Anstifter erwähnt.
[70]) Vgl. Römer a. a. O. S. 7.

sachern.[71]) Das geltende Deutsche Strafgesetzbuch und ebenso die sämtlichen Entwürfe unterscheiden zwischen den verschiedenen Formen der Teilnahme am Verbrechen. So sagt auch die Begründung zum Entw. 1927[72]): „Der vorliegende Entwurf schenkt der mehrfach vertretenen Ansicht kein Gehör, die auf Grund des Axiomes von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen eines Erfolges Teilnehmer und Täter völlig gleich behandeln will. Er hält an der Unterscheidung zwischen Täterschaft und anderen Formen verbrecherischer Wirksamkeit fest ..." Der Entwurf unterscheidet Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe.[73])

Unter den letzten der drei genannten Begriffe wird die Tätigkeit des a. p. wohl nur in den allerseltensten Fällen zu subsumieren sein; eine a. p.-Beihilfe läge dann vor, wenn der a. p. dem Haupttäter wirkliche Beihilfe durch Rat oder Tat leistete, um ihn der Strafe anheimfallen zu lassen, wenn er aber dabei eine tatsächliche Verletzung des bedrohten Rechtsgutes nicht wollte.[74]) Dieser Fall mag daher bei unserer Untersuchung einstweilen außer Betracht bleiben.

Der Normalfall der a. p.-Tätigkeit ist vielmehr der, daß der a. p. sein Opfer zu der Tat verführt, d. h. in ihm erst den Entschluß, ein Verbrechen zu begehen, hervorruft. Unwillkürlich drängt sich hier sofort der Begriff des Anstifters auf. Und damit berühren wir bereits den Angelpunkt der Untersuchung: Ist der a. p. Anstifter? Kommen wir zur Bejahung dieser Frage, dann ergibt sich daraus zwangsläufig auch die Bejahung der Strafbarkeit des a. p., soweit ihm nicht besondere Schuld- oder Strafausschließungsgründe zur Seite stehen; kommen wir zur Verneinung der Frage, so folgt daraus ebenso bestimmt, daß, soweit bei den eingangs aufgeführten vier typischen Begehungsformen der a. p.-Tätigkeit eine Anstiftung nicht vorliegt, auch eine Bestrafung des a. p. nicht erfolgen kann; allerdings ist zu untersuchen, ob der a. p. nicht unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten zur Rechenschaft zu ziehen ist.

---

[71]) Ausgenommen sind nur jene Delikte, welche besondere Eigenschaften des Täters voraussetzen. Wegner in Aschrott a. a. O. S. 103 Anm. 1 a. E. bemerkt hiezu: „Das norwegische Recht kann kein Vorbild sein. Es folgt einem heute überwundenen Radikalismus."

[72]) S. 27.

[73]) Ludwig S. 22 ff., hält die Unterscheidung zwischen Anstiftung und Täterschaft für verfehlt: „Nur die Auffassung der Anstiftung als mittelbare Täterschaft vermag dieses Verhältnis richtig zu würdigen." Derselbe erklärt auch eine Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe als weder möglich noch notwendig.

[74]) Vgl. Heilborn S. 99 ff.

Es gilt daher nunmehr, über das Wesen der Anstiftung Klarheit zu gewinnen.

Das geltende Recht bestimmt in § 48 Abs. I RStGB. „Als Anstifter wird bestraft, wer einen Andern zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat."

Bedeutend kürzer faßte — unter Weglassung der zur Anstiftung dienenden Mittel — der Vorentwurf in seinem § 78 den Begriff: „Wer den Täter zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft."

§ 35 des Entwurfes der Strafrechtskommission von 1919 bestimmte: „Anstifter ist, wer vorsätzlich einen anderen zu der von diesem vorsätzlich begangenen Straftat bestimmt hat." Weiter sagt § 28 a. a. O., daß Anstiftung auch dann vorliegt, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war. Der Anstifter werde gleich einem Täter bestraft.[75])

Der Entwurf 1925 enthält in § 25 die Bestimmung: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft." Hiemit stimmt wörtlich § 29 des Entwurfs 1927 überein.

Bei einer Vergleichung der verschiedenen Fassungen des Anstifterbegriffes ergeben sich sogleich zwei Unterschiede der Reformbestrebungen gegenüber dem geltenden Rechte: Der erste, weniger bedeutsame, ist der, daß man nunmehr auf die Anführung von Anstiftungsmitteln gänzlich verzichten will. Diese Bestrebung ist sehr zweckmäßig; denn hiedurch wird die Begriffsbestimmung wesentlich entlastet und vereinfacht.[76]) Eine sachliche Aenderung tritt gleichwohl nicht ein; denn auch die bisherige Aufzählung war, wie sich aus der Wendung „oder durch andere Mittel" klar ergibt, keineswegs eine begrenzende, sondern lediglich eine beispielsweise.

Weit wichtiger dagegen ist die zweite Neuerung, nämlich die Bestimmung, daß Anstiftung auch dann vorliege, wenn sich nachträglich ergebe, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt habe oder nicht zurechnungsfähig gewesen sei. Nach geltendem Rechte kann in einem derartigen

---

[75]) Wegen der Mängel dieser Bestimmung s. Beling Methodik S. 165.

[76]) Vgl. Dahm S. 60.

Falle eine Bestrafung des psychischen Urhebers der Tat um deswillen nicht eintreten, weil nur die vorsätzliche Bestimmung eines Zurechnungsfähigen Anstiftung ist und weil ferner Voraussetzung der Bestrafung einer Person als Anstifter die Strafbarkeit des physischen Täters ist. Nur in den wenigsten Fällen kann mittels der Konstruktion der mittelbaren Täterschaft der geistige Urheber zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden; überdies ist es im Strafverfahren oftmals sehr schwer gegenüber der Behauptung des Angeklagten, er habe den physischen Täter für geistig normal gehalten, den Beweis zu erbringen, daß er ihn als nicht zurechnungsfähig erkannt und als bloßes Mittel zur Verwirklichung seiner dolosen Pläne benutzt habe.[77]) Diesem Uebelstand wollen die neuen Entwürfe, die besonders auf dem Gebiete der Teilnahme sehr fortschrittlichen Charakter tragen, dadurch abhelfen, daß sie den Begriff der Anstiftung auch auf die Fälle erstrecken, in denen der ausführende Täter strafrechtlich trotz Vorliegens einer objektiv strafbaren Handlung nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann. Der Entwurf 1927 kleidet diesen Gedanken in seinem § 31 in die Worte: „Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt."[78])

Hiemit ist ein äußerst wichtiger Schritt in der Fortentwicklung der strafrechtlichen Grundbegriffe getan: Anstelle des extremakzessorischen Begriffes der Anstiftung ist der limitiert akzessorische getreten.[79]) Hiemit ist den vielfach in dieser Richtung geäußerten Reformvorschlägen Rechnung getragen.[80]) Es ist dadurch der Begriff der mittelbaren Täterschaft zwar nicht völlig entbehrlich geworden, wie die Begründung zu § 27 des Entw. 1925 annimmt,[81]) wohl aber ist seine Anwendbarkeit stark eingeschränkt. Dies erkennt richtig die Begründung zu § 29 des Entw. 1927, die — wohl im Hinblick auf die treffende Kritik Wegners und Kohlrausch's zum 4. Abschnitt des Entw. 1925 —[82]) — ausführt:[83]) „Da-

[77]) Vgl. Begr. z. Entw. 1927 S. 28.

[78]) Vgl. Begr. z. Entw. 1927 S. 29: Dr. Lobe in J.W. 54, 882 ff. hält dies sachlich für richtig; nur sei es nicht ganz gut formuliert.

[79]) Vgl. Beling Methodik S. 166/167, der zutreffend darauf hinweist, daß im E. 1919 das „Prinzip der Akzessorietät der Anstiftung" nicht aufgegeben, sondern nur eingeschränkt ist; s. Bing S. 82; Klee a. a. O. S. 82.

[80]) Vgl. M. E. Mayer in Aschrott-Liszt, Reform d. Reichsstrafges. S. 355 ff.; s. auch Kosterlitz S. 34, ferner Ludwig S. 6/7.

[81]) Dieser Begriff wird nach § 27 der Begr. z. Entw. 25 „entbehrlich".

[82]) S. Wegner in Aschrott a. a. O. 102 ff. bes. 112 ff.; Wegner weist dort nach, daß durch die Limitierung der „akzessorischen Natur der Teilnahme" die mittelbare Täterschaft nicht überflüssig wird. Auch Kohlrausch in Aschrott a. a. O. S. 30 ff. zeigt, daß die An-

mit", nämlich mit der Erstreckung des Begriffs der Anstiftung auf jene Fälle, in denen der physische Täter nicht schuldhaft handelt, „wird der Begriff der mittelbaren Täterschaft zum großen Teil überflüssig. Sein Anwendungsgebiet beschränkt sich auf die Fälle, wo der Handelnde blindes Werkzeug des Urhebers, wo er in einem Irrtum befangen ist, der ihn gar nicht erkennen läßt, was er durch seine Handlung anrichtet, wo er, kurz gesagt, nicht weiß, was er tut . . . .".

Für die Prüfung der Frage, ob der a. p. Anstifter ist, sind die beiden oben besprochenen Abweichungen der Entwürfe vom geltenden Rechte von geringer Bedeutung; die erste deshalb, weil durch sie gegenüber dem bestehenden Recht keine sachliche Aenderung eintritt, die zweite um deswillen, weil ja die typische a. p. = Tätigkeit ein nicht nur objektiv rechtswidrig, sondern auch schuldhaft handelndes Subjekt voraussetzt; denn nur dann hat das Vorgehen des a. p. Zweck und Sinn, wenn sein Opfer bestraft werden kann.

In der Weiterführung unserer vergleichenden Untersuchung zeigt sich, daß anstelle der im geltenden Strafgesetzbuche und auch noch im Vorentwurf 1909, sowie in den Entw. von 1913 und 1919 gebrauchten Worte „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" nunmehr die Wendung getreten ist „daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt." Die Entwürfe von 1913 und 1919 hatten auch noch das Merkmal der Vorsätzlichkeit bei der Ausführungshandlung des physischen Täters besonders hervorgehoben. Der Entwurf 27 hat das Wort „vorsätzlich" wieder gestrichen, wohl in der richtigen Annahme, daß die ausdrückliche Anführung dieses Erfordernisses überflüssig sei. Daß er aber für den Begriff der Anstiftung eine vorsätzliche Ausführungshandlung für erforderlich hält, ergibt sich auch aus der Begründung, die zum Abschnitt Teilnahme ausführt,[84]) daß nach geltendem Rechte der Angestiftete auch vorsätzlich gehandelt haben muß, und die bei dem Begriff Anstiftung bemerkt,[85]) daß mit Ausnahme der beiden schon besprochenen Abweichungen (Weglassung der Anstiftungsmittel, Erstreckung des Anstiftungsbegriffes auf Fälle lediglich objektiv strafbarer Ausführungshandlung) der Entw. 27 sich vom geltenden Rechte nicht unterscheide. Begrifflich wäre es nicht ausgeschlossen, Teilnahme zu einer fahrlässig begangenen Straftat anzunehmen. Aus dem Wortlaut des geltenden § 48 RStGB. ist, wie auch

---

Fortsetzung der Anm 82.
sicht der Begr. zum Entw. 1925 über die Entbehrlichkeit des Begriffs der mittelbaren Täterschaft nicht richtig ist, und daß der Entwurf selbst dadurch in seinem § 28 in Bedrängnis kommt.

[83]) S. Begr. z. Entw. 27 S. 28.

[84]) S. 27.

[85]) S. 28.

Hälschner,[86]) Katzenstein[87]) und Singewald[88]) ausführen, nichts für die Ansicht, daß nur Anstiftung zu vorsätzlich begangenen Delikten strafbar sei, zu entnehmen; denn nach ihm könnte ebensogut auch die vorsätzliche Anstiftung zu einem fahrlässig begangenen Delikt strafbar sein. Das gleiche gilt auch für § 29 des Entw. 1927. Es mag auch zugegeben werden, daß selbst den Motiven keine entscheidende Beweiskraft zukommt. Es sprechen jedoch zwei Gründe für die Verneinung der Möglichkeit einer Anstiftung zu fahrlässigem Delikt,[89]) schon unter dem geltenden Recht, und insbesondere ein weiterer für den Entw. 1927:

Bei fahrlässigem Handeln des physischen Täters kann die Bestrafung des geistigen Urhebers nach jetzigem und auch künftigem Strafrecht hinreichend durch das Medium der mittelbaren Täterschaft erreicht werden; hier den Gesichtspunkt der Anstiftung hereinzuziehen, wäre überflüssig. Diese Argumentation, die aus der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch das Dazwischentreten einer vorsätzlich, nicht aber auch einer fahrlässig handelnden Person, folgt, wird insbesondere von Frank vertreten.[90])

Die entgegengesetzte Ansicht[91]) führt zu völlig unbefriedigenden Ergebnissen. Dies gibt auch Singewald[92]) selbst zu, wenn er bemerkt, daß nach seiner Lehre die Anstiftung zu einem fahrlässigen Verbrechen nicht als vorsätzliche Mitherbeiführung des Erfolges bestraft werden kann, und, was noch unbefriedigender ist, daß der Anstifter dann, wenn der Angestiftete fahrlässig ein Delikt begeht, das nach dem Gesetze nur bei vorsätzlicher Begehung bestraft werden kann, straflos ausgeht. Wenn dann Singewald zu der Folgerung kommt,[93]) diese Ergebnisse seien zwar bedauerlich, aber durch den Gesetzgeber dadurch verursacht, daß dieser „bei der Wahl des Wortlautes des § 48 die Anstiftung zu straflosem farlässigen Delikt ganz übersehen, das Wesen der Anstiftung zu fahrlässigem Verbrechen als vorsätzlicher Mitherbeiführung des das Gattungsdelikt krönenden Erfolges nicht erkannt" habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß bei einem Schweigen des Gesetzgebers nicht ohne triftigen Grund eine Lücke des Gesetzes

---

[86]) Das Gemeine Deutsche Strafrecht I. Bd. 1888 S. 446.
[87]) a. a. O. S. 378.
[88]) a. a. O. S. 66/67 Anm. 2.
[89]) So die h. M., Singewald S. 66 ff.; v. Liszt Lehrb., § 51, I, 1 a, Frank Dritter Abschnitt, vor §§ 47 ff., IV 2; RG.Str. Bd. 30 S. 296, Bd. 44 S. 432; 49 S. 68; 60 S. 2.
[90]) Frank a. a. O. Dritter Abschn. IV 2.
[91]) Vertreten z. B. von Singewald S. 66 ff., Binding Grdr. S. 171, Birkmeyer Teilnahme S. 141, Beling in Z. f. d. g. Str.W. Bd. 18 S. 273, Olshausen § 48 Note 18.
[92]) S. 68.
[93]) Singewald S. 68/69.

angenommen werden darf; es ist vielmehr Sache einer vernünftigen Auslegung den wahren Willen des Gesetzgebers zu erforschen.

Was den Hinweis auf die Bindung durch § 2 Abs. I RStGB. anlangt,[94]) so ist zu bemerken, daß diese Bestimmung der Annahme einer mittelbaren Täterschaft nicht entgegensteht; denn durch diese wird nicht — etwa im Wege des Analogieschlusses — eine Strafbarkeit begründet, sondern lediglich der psychische Täter, der bewußt einen strafrechtlich nicht verantwortlichen Dritten als sein Werkzeug benützt, als das behandelt, was er in diesem Falle tatsächlich ist, nämlich als psychischer und zugleich physischer Täter.

Und nun kommen wir zu einem Punkte, der für die Auslegung der Bestimmung über die Anstiftung u. E. künftig nicht übergangen werden darf, nämlich der Entstehungsgeschichte des § 29 Entw. 27. Wie schon bemerkt, haben die Entw. von 1913 u. 1919 ausdrücklich erwähnt, daß die Tat des Angestifteten vorsätzlich begangen sein müsse; dagegen ist in den Entw. 1925 und 1927 das Wörtchen „vorsätzlich" bei der Tat des Angestifteten nicht mehr zu finden. Was folgt nun daraus für unsere Streitfrage? Durch die Beifügung des Wortes „vorsätzlich" in den früheren Entwürfen wollte der Gesetzgeber bindend gegenüber dem Streite der Wissenschaft festlegen, daß es eine Anstiftung zu fahrlässigem Delikt nicht gebe. Bei der Fassung des § 25 E. 1925, der dann unverändert in den E. 1927 übernommen wurde, hat man das Wörtchen „vorsätzlich" keineswegs übersehen, sondern bewußt im Interesse möglichster Vereinfachung des Strafgesetzes von seiner Anführung Abstand genommen; dadurch schuf man allerdings wieder Nahrung für die durch die E. 13 und 19 klargestellte Streitfrage.[95]) U. E. hätte der Gesetzgeber, wenn er von dem in den früheren Entwürfen festgestellten Erfordernis der Vorsätzlichkeit der Haupthandlung hätte abweichen wollen, in der Begründung 1925 zweifellos hiezu Stellung genommen und seinen veränderten Standpunkt begründet. Gerade aus dem Umstand, daß er dies nicht tat, geht hervor, daß er seine bisherige Auffassung beibehielt und nur aus Gründen der Vereinfachung des Gesetzestextes das Wort „vorsätzlich" wegließ.

So spricht denn gerade das Werden des § 29 E. 27 für unsere Ansicht. Es ergibt sich somit, daß jedenfalls nach E. 27 eine Anstiftung zu fahrlässiger Tat nicht strafbar ist;

---

[94]) Singewald S. 69.

[95]) Vgl. Aschrott in Aschrott a. a. O. S. 30: „Hier weht ein frischerer, allzufrischer Wind. Der 4. Abschnitt will mit überflüssigen Distinktionen und Streitfragen aufräumen, unbekümmert um Traditionen, allerdings auch unbeschwert von ‚Wissenschaft'."

für den a. p. folgt daraus unmittelbar, daß er, wenn sein Opfer fahrlässig handeln sollte, nicht als Anstifter bestraft werden kann.[96])

Was die Formaldelikte anlangt, so müssen sie u. E. die gleiche Stellung zur Anstiftung einehmen, wie die Materialdelikte; auch hier gilt der Satz, daß der Kausalzusammenhang nur durch doloses Dazwischenhandeln eines Dritten unterbrochen wird; und auch hier ist derjenige, welcher den das Formaldelikt Begehenden zu der Tat bestimmt hat, als Anstifter zu bestrafen, sofern nur der Angestiftete vorsätzlich gehandelt hat. Diese, auch vom RG. in E. Bd. 22 S. 427 vertretene Mittelmeinung dürfte die befriedigendste sein.[97])

Ob ein a. p., der nach dem Ausgeführten wegen mangelnden Tätervorsatzes des physischen Täters nicht als Anstifter bestraft werden kann, etwa wegen eines delictum sui generis oder wegen eigener Zurechnung des vom „Angestifteten" ausgeführten Fahrlässigkeits- oder nicht dolos begangenen Formaldelikts bestraft werden kann, wird später zu prüfen sein.

Zur Bestrafung des Anstifters ist weiter erforderlich, daß der Haupttäter eine strafbare Handlung begeht. Ungenügend ist es, wenn lediglich Vorbereitungshandlungen getätigt werden. Das Gesetz will nur dann strafen, wenn ein strafbares Geschehnis eingetreten ist. Dies drückt § 48 RStGB. durch die Wendung „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung" aus; das gleiche will § 29 E. 1927 besagen, wonach als Anstifter bestraft werden soll, „wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt." Wollte man auch dann Bestrafung des geistigen Urhebers als Anstifter eintreten lassen, wenn die Tat nicht einmal bis zum Versuchsstadium gediehen ist, so würde dies einer Bestrafung des Versuchs der Anstiftung gleichkommen; letzterer ist aber nicht allgemein, sondern nur in wenigen genau bestimmten Fällen, auf die wir später noch zu sprechen kommen werden, vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt. Wann aber die Vorbereitungshandlungen aufhören und die Versuchshandlungen beginnen, läßt sich oftmals nur sehr gefühlsmäßig feststellen. Erschwert wird diese Abgrenzung durch die Gegensätze der subjektiven und der objektiven Versuchstheorie. Es gilt daher im folgenden zu prüfen, welche Stellungnahme das künftige Strafrecht zu diesen Theorien einnimmt und welche Folgerungen sich daraus für die Abgrenzung von Vorbereitungshandlung und Versuch einerseits sowie für die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt andererseits ergeben.

---

[96]) Vgl. insbes. bezüglich des geltenden Rechts Katzenstein S. 383/384.

[97]) Ebenso Katzenstein S. 381—383.

1. Was die erstere Frage anlangt, so läßt sich aus dem Wortlaut des § 43 RStGB. weder für die objektive noch für die subjektive Auffasung etwas entnehmen;[98]) das Gesetz spricht lediglich von „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung ... enthalten" und schließt damit die bloßen Vorbereitungshandlungen grundsätzlich von der Bestrafung aus. Was aber unter „Ausführungshandlung" zu verstehen sei, ist im Gesetze selbst nicht gesagt. Die subjektive Theorie steht nun auf dem Standpunkte, daß das Wesen der Ausführungshandlung darin zu erkennen sei, daß sich in ihr die feste Absicht der Vollendung betätigen müsse. Maßgebend für die Unterscheidung zwischen den Handlungen, die nur der Ermöglichung, der Vorbereitung des Deliktes dienen, und jenen, die bereits einen Anfang der Ausführung darstellen, soll die Vorstellung des Täters über den Charakter der von ihm getätigten Handlungen sein. Es soll demgemäß ein Tätigwerden des Angeklagten in der Richtung auf das Verbrechen schon dann als Anfang der Ausführung angesehen und der Täter, wenn sein Vorsatz auf Begehung eines Verbrechens oder eines auch bei Versuch strafbaren Vergehens gerichtet war, wegen Versuchs bestraft werden, wenn das, was er vollführt hat, zwar objektiv keine Ausführungshandlung darstellt, nach der Meinung des Täters über den Sachverhalt aber bereits den Anfang der Ausführung bildet.

Hiegegen wendet sich die objektive Theorie,[99]) die lediglich darauf abstellt, ob eine Handlung vorgenommen ist, die sich bereits als Bestandteil der Tatbestandshandlung darstellt. Wie der Täter selbst diese Handlung wertet, ob er sie als Vorbereitungstätigkeit oder als Anfang der Ausführung ansieht, ist belanglos. Maßgebend ist vielmehr die objektive Bedeutung der Handlung für den Enderfolg. Frank[100]) drückt dies mit den Worten aus: „ein Anfang der Ausführung ist in allen Tätigkeitsakten zu finden, die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen." Hievon werden jene Handlungen, welche zwar im einzelnen Falle der Vorbereitung und Einleitung der strafbaren Tätigkeit dienen, aber hiezu nach der Norm des Strafgesetzbuches nicht allgemein erforderlich sind — z. B. Reise zum Tatort, Kauf einer Waffe, usw. —, als bloße straflose Vorbereitungshandlungen geschieden.[101])

Die Streitfrage wurde auch durch den V. E. 1909 nicht gelöst, der in § 75 bestimmte: „Wer die Ausführung eines Ver-

---

[98]) a. A. Frank § 43, II, 2, der aus d. Worte „enthalten" schließt, daß der Gesetzgeber auf dem objektiven Standpunkt stehe.
[99]) Frank ebenda.
[100]) Frank § 43. II 2 b.
[101]) Vgl. RG.Str. Bd. 51 S. 341 ff.

brechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen." Auch aus dieser Fassung ist nicht ersichtlich, was der Gesetzgeber unter „Ausführung" begreift, ob entscheidend die Ansicht des Täters oder das in der Außenwelt tatsächlich in Erscheinung getretene Geschehnis sein soll.[102]) Um dem Kampfe der beiden Meinungen ein Ende zu bereiten, stellte der E. 1925 in § 23 die Formulierung auf: „Wer den Entschluß eine strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, die nach seiner Vorstellung den Anfang der Ausführung bilden, ist wegen Versuchs zu bestrafen." Hiemit hat der Gesetzgeber der subjektiven Theorie zu einem völligen Siege verholfen, da es lediglich auf die Vorstellung des Täters über die Beziehung seiner Handlung zur Tatbestandsverwirklichung ankommen soll. Im gleichen Sinne bestimmt § 26 des E. 1927: „Wer den Entschluß, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen, durch Handlungen betätigt, die den Anfang der Ausführung bilden oder nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellt, bilden würden, ist wegen Versuchs zu bestrafen." Bemerkenswert ist an dieser Fassung, daß der Gesetzgeber die nach der Meinung des Täters einen Versuch darstellenden Handlungen nicht unter den früheren Versuchsbegriff „Anfang der Ausführung" unterordnet, sondern letzteren streng objektiv auffaßt und n e b e n ihn die Handlungen als gleicherweise strafbar hinstellt, die nach der subjektiven Theorie Versuchshandlungen bilden. Insofern kann man sagen, daß der E. 1927 beide Theorien anerkennt, wenigstens in ihrer positiven Form: Versuch liegt nun vor sowohl bei Handlungen, die objektiv, wie auch bei solchen, die subjektiv einen Anfang der Ausführung bilden.

2. Noch bedeutsamer ist aber die Prüfung des Einflusses der beiden Theorieen auf die Frage der Strafbarkeit des sog. untauglichen Versuchs, d. h. des Versuchs mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt oder endlich mit untauglichen Mitteln am untauglichen Objekt. Das geltende RStGB. hat in § 43 zu der Frage selbst nicht Stellung genommen, ihre Lösung vielmehr bewußt der Wissenschaft überlassen. Hier stehen sich die Gegensätze der subjektiven und der objektiven Theorie gegenüber,[103]) zwischen denen verschiedenartig abgestufte Mittelmeinungen entstanden sind.

1. Die Anhängr der objektiven Theorie fordern, wenigstens zum Teil, zum Begriff des strafbaren Versuchs eine wirkliche Gefahr; denn nur dann liegt nach ihrer Ansicht ein Versuch eines Delikts vor, wenn ein strafrechtlich geschütztes Rechts-

[102]) S. Begr. z. V.E. 1909 S. 284 ff.
[103]) Vgl. Klein a. a. O. S. 30 ff.

gut gefährdet ist.[104]) Da aber bei einem Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt eine Gefahr überhaupt nicht eintreten könne, so müsse der untaugliche Versuch straflos bleiben. Allerdings machen die Vertreter der objektiven Theorie in ihrer Mehrzahl eine Einschränkung insofern, als sie zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit von Mittel und Objekt unterscheiden; absolute Untauglichkeit liege dann vor, wenn das Mittel generell den gewünschten Erfolg nicht herbeiführen, oder das Objekt überhaupt nicht geeignetes Ziel der beabsichtigen verbrecherischen Handlung sein könne; relative Untauglichkeit sei dann gegeben, wenn gerade im betreffenden Einzelfalle das Mittel nicht in der gehörigen Weise angewendet werde, oder das Objekt gegen die Angriffe durch besondere Abwehrmaßregeln geschützt werde. In den letzteren Fällen, d. h. bei bloß relativer Untauglichkeit, nehmen auch die meisten Vertreter der objektiven Richtung Strafbarkeit des Versuches an.

2. Die subjektive Theorie stellt es nicht auf die äußere Erscheinungswelt, sondern auf das Innenleben des Täters ab; maßgebend ist ihr der verbrecherische Wille.[105]) Wenn sich aus den Handlungen des Täters entnehmen lasse, daß sie von einem verbrecherischen Willen getragen seien, so sei dieser hinreichende Grundlage zu strafrechtlicher Ahndung, eine objektive Gefahr brauche nicht entstanden zu sein.[106]) Daher liege auch dann ein strafbarer Versuch vor, wenn das angewendete Mittel oder das angegriffene Objekt absolut untauglich sei; denn der deliktische Wille des Täters habe sich genügend manifestiert. Folgerichtig kommt das RG. von diesem Standpunkt aus zu einer Bestrafung selbst dann, wenn sowohl das Mittel wie auch das Objekt untauglich ist.[107])

3. Daß keine dieser beiden Theorien befriedigen kann, liegt auf der Hand. Während die objektive Anschauung in zahlreichen Fällen freisprechen muß, nur weil eine objektive Gefahr nicht vorlag, kommt die subjektive Richtung nahe an eine bloße Bestrafung der verbrecherischen Gesinnung. Um die unhaltbaren Ergebnisse der beiden genannten Richtungen zu vermeiden, haben verschiedene Vertreter von Mittelmeinungen den extremen Anschauungen ihre gemäßigten Ansichten ent-

---

[104]) Vgl. Merkel Lehrb. (1. Aufl.) S. 130 ff.; im Ergebnis auch Oetker ZStW. Bd. 17 S. 63, Olshausen § 43 Note 19 ff. Beling L. v. V. S. 329.

[105]) Vgl. v. Buri, G.S. 40 S. 503 ff.; v. Bar Ges. u. Sch. 2 S. 574 ff.; RG.St. 17 S. 158, 42 S. 92, 55 S. 142, 60 S. 215.

[106]) Uebrigens wird der Begriff „objektive Gefahr" von manchen Vertretern der subjektiven Theorie überhaupt geleugnet; so v. Buri in G.S. 40 S. 503 ff.; 44 S. 321 ff.

[107]) Vgl. RG. 34 S. 217; 47 S. 65; 50 S. 36; 59 S. 2; 60 S. 215.

gegengestellt.[108]) So vertritt z. B. Frank[109]) grundsätzlich die subjektive Theorie, scheidet aber vom Begriffe des Versuches von vorneherein jene Fälle aus, in denen ein Mangel am Tatbestand vorliegt. Dazu rechnet er auch den Versuch am untauglichen Objekt in jenen Fällen, wo ein gegenwärtiger von der Handlung unabhängiger Tatumstand fehlt, z. B. Schuß gegen einen Baumstumpf, den der Täter für einen Menschen hält. Wenn dagegen ein Schuß auf ein leeres Bett abgegeben werde, in dem der zu Tötende vermutet werde, so liege hier nicht Untauglichkeit des Objekts vor, sondern eine solche des Mittels.[110]) Was letztere anlangt, so unterscheidet hier Frank zwischen nomologischem und ontologischem Irrtum; ersterer liege vor, wenn der Täter sich in einem Irrtum über die Gesetze des Geschehens befinde, d. h. wenn seine Handlung selbst dann den Erfolg nicht herbeiführen konnte, wenn die Sachlage mit der Vorstellung des Täters übereingestimmt hätte (z. B. jemand glaubt durch Eingeben von Zucker einen anderen töten zu können); in diesem Falle sei eine Bestrafung des Täters nicht gerechtfertigt; anders dagegen beim ontologischen Irrtum, d. h. in den Fällen, in welchen, falls die Sachlage der Vorstellung des Täters z. Z. der Handlung entsprochen hätte, der Erfolg eingetreten wäre (z. B. jemand mit Arsenik töten will, in Wahrheit aber Zucker gibt); hier liege eine geeignete Handlung vor, welche Bestrafung des Unternommenen als Versuch erfordere.[111]) Straflos seien endlich die Fälle, bei denen es am Vorsatz mangle; hierunter falle auch der sog. abergläubische Versuch.[112]) [113])

Das Reichsgericht vertritt seit der bekannten Plenarentscheidung RGStr. 1 S. 439 den extremen Subjektivismus.[114])

Der Entwurf 1909 hat unter dem Einfluß dieser höchstgerichtlichen Rechtsprechung sich grundsätzlich auf den Boden der subjekiven Theorie gestellt und dabei unterstellt, daß die sich aus dieser ergebenden Härten durch Annahme

---

[108]) z. B. Oetker ZStW. 17 S. 53 ff.; Finger Lehrb. 1 S. 297 ff.; Frank § 43 III.

[109]) S. Frank § 43 III.

[110]) S. Frank § 43 III a. E.

[111]) Vgl. Frank § 43 III, Finger Lehrb. Bd. 1 S. 303 und Anm. 396 dortselbst.

[112]) Ebenso im Ergebnis RG.Str. 33 S. 321; in der Begründung ebenso, aber nicht im Ergebnis Kohler Leitf. S. 60.

[113]) Olshausen hält den Versuch am absolut untauglichen Objekt oder mit absolut untauglichen Mitteln für straflos. Birkmeyer nimmt an, daß der in concreto ungefährliche Versuch straflos sei; ebenso v. Liszt. Köhler Deutsch. Str. S. 464 erachtet für straflos „eine als Versuch gedachte Handlung, wenn die im Einzelfalle erforderlichen Merkmale für das Zustandebringen eines rechtswidrigen Angriffs nicht alle gegeben sind, sog. Mangel am Tatbestand".

[114]) Vgl. RG.Str. 34 S. 221; 47 S. 65; 49 S. 16.

eines „besonders leichten Falles“ — § 76 des E. 1909 — und der damit eintretenden Strafminderung oder Straflosigkeit ausgeglichen werden könnten.[115]) Köhler bemerkt hiezu,[116]) diese Auffassung bedeute, daß, nachdem der Gesetzgeber unfähig sei, Grundsätze über die verschiedenartige Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs aufzustellen, sich jeder einzelne Richter nach dem Entwurf seine eigene Theorie darüber bilden und je nach deren Anschauungen bald mehr bald minder strafen solle. Die Denkschrift zu dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuche von 1919 steht dagegen auf dem Standpunkt, daß die Streitfrage durch das Gesetz entschieden werden müsse.[117]) Und zwar soll der untaugliche Versuch — entsprechend der subjektiven Theorie — grundsätzlich strafbar sein. Nur dann, wenn nach den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung nicht geboten sei, soll von Strafen abgesehen werden können; in den obigen Fällen soll es dem Ermessen des Richters anheimgegeben sein die Strafe zu mildern. Der Entw. 1925, der in Abs. II d. § 23 nur bestimmt,daß der Versuch milder bestraft werden kann, aber nicht muß, als die vollendete Tat, erklärt in Absatz IV dieses Paragraphen: „Der Versuch bleit straflos, wenn der Täter die Tat aus grober Unwissenheit über Naturgesetze an einem Gegenstand oder mit einem Mittel versucht hat, an dem oder mit dem die Tat überhaupt nicht ausgeführt werden kann.“ Hier kommt der oben besprochene Gedanke über die Unterscheidung zwischen nomologischem und ontologischem Irrtum zum Durchbruch. Die gleichen Gedanken liegen auch dem Abs. III des § 26 Entw. 1927 zugrunde, der bestimmt: „Konnte der Versuch schon wegen der Art des vom Täter ausersehenen Mittels oder Gegenstandes überhaupt nicht zur Vollendung führen, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern. In besonders leichten Fällen kann es von Strafe absehen.“ Doch ist hier wieder eine straffere Durchführung der subjektiven Theorie festzustellen· während nämlich § 23 Entwurf 1925 absolute Straflosigkeit bei nomologischem Irrtum eintreten läßt, erklärt § 26 E. 1927 auch den nomologischen Irrtum grundsätzlich für strafbar und ermächtigt lediglich den Richter in Ausnahmefällen die Strafe zu mindern bezw. bei besonders leichten Fällen Straflosigkeit eintreten zu lassen. Es ist somit nach dem Entw. 1927 der untaugliche Versuch grundsätzlich strafbar. Eine Straflosigkeit der Fälle nomologischen Irrtums ist — im Gegensatz zum E. 1925 — nicht

[115]) Vgl. Begr. S. 289.
[116]) Stud. S. 31.
[117]) S. 39.

vorgesehen; wohl mit Recht; denn wie Kohlrausch [118]) zutreffend zum E. 25 bemerkt, läßt sich jeder ontologische Irrtum in einen nomologischen umdeuten.

Was den sog. abergläubischen Versuch anlangt, so war dieser nach dem Entw. 25 straflos; nach dem Entw. 27 ist er wohl als besonders leichter Fall zu erachten und daher — im Einklang mit bisheriger Wissenschaft und Rechtsprechung — strafrechtlich nicht zu ahnden.

Ueber die Behandlung der Fälle endlich, in denen ein Mangel an Tatbestand vorliegt, spricht sich der Entw. 27 nicht aus. Die Begründung [119]) hält dies um so eher angängig, als selbst dann, wenn die Vorschriften über den untauglichen Versuch zur Anwendung gebracht werden — so die bisherige Rechsprechung — „die Bestimmung des § 26 Abs. 3 ausreichenden Spielraum bietet, um nicht strafwürdige Fälle straffrei zu lassen." Es wird daher wohl nach dem neuen Entwurf die Rechtsprechung bei Fehlen eines Tatbestandsmerkmals Strafbarkeit und nur nach Maßgabe des § 26 Abs. 3 Strafminderung oder Straffreiheit eintreten lassen, während die Wissenschaft hier das Vorliegen eines Versuchs überwiegend verneinen und aus diesem Grunde Straflosigkeit annehmen wird.[120])

Es wird daher vom Standpunkte des neuen Strafgesetzbuches aus eine weitgehende Bestrafung des Versuches und damit auch der Anstiftung hiezu eintreten.

Ueber den Einfluß des Rücktrittes des physischen Täters auf die Strafbarkeit des Anstifters wird an geeigneter Stelle gesprochen werden.

II. Im besonderen:

Akzessorietät.

§ 5.

Im folgenden soll zu der Frage Stellung genommen werden, die nach dem Ausgeführten sehr nahe liegt: Ist denn der Anstifter nicht auch Täter? Er arbeitet doch auch auf die

[118]) Der Allg. Teil des Entw. S. 29; dieser weist auch zutreffend darauf hin, daß mit der Wendung „überhaupt nicht" wieder ein „entscheidender Schritt zum Objektivismus getan ist'. Graf A. zu Dohna in Aschrott a. a. O. S. 97 hält die Tendenz des § 23 A.E. von 1925 für richtig, aber seine Fassung für wenig glücklich.

[119]) S. 25 zum 3. Abschnitt, Versuch.

[120]) Vgl. die Kritik durch Graf A. zu Dohna in Aschrott a. a. O. S. 98 ff., der, wenn der Gesetzgeber auch bei Mangel am Tatbestand Strafe eintreten lassen will, die Formel vorschlägt (S. 100) „Wer eine Handlung in der irrigen Meinung vornimmt, sie erfülle einen gesetzlichen Tatbestand, ist nach den Grundsätzen über den Versuch zu bestrafen."

Begehung einer strafbaren Handlung hin und gibt sogar den Anstoß zu ihr; ohne ihn wäre es gar nicht zu strafbarem Tun gekommen. Also ist er der Urheber, und zwar im Gegensatz zum Angestifteten — dem physischen Urheber — der psychische Urheber. M. a. W. es erhebt sich die Frage: Ist der Anstifter intellektueller Urheber oder bloß akzessorischer Teilnehmer an fremder Tat? Die Frage berührt sich eng mit der bereits oben besprochenen allgemeinen, ob die Unterscheidung verschiedener Teilnahmeformen berechtigt ist. Dem Strafrecht erscheinen Täter und Anstifter gleichermaßen strafbar; denn der erstere verübt die strafbare Handlung durch seine körperliche Tätigkeit, der letztere benützt ersteren als Mittel zur Ausführung der von ihm gewollten Tat. Warum soll nun der Anstifter nicht als Täter, Urheber, bestraft werden? [121])

Die Anhänger der Lehre von der intellektuellen Urheberschaft [122]) halten es für unerheblich, ob der Anstifter zur Verwirklichung seiner Pläne sich der Naturkräfte oder menschlicher Tätigkeit bedient. Kohler, der seine Anschauung mit Entschiedenheit und Folgerichtigkeit durchführt, kommt zu dem Ergebnis: „Bei der Anstiftung haben wir zwei Thäter, den Anstifter als den intellektuellen Thäter und den „Thäter" als intellektuellen und faktischen Thäter zugleich." [123]) Er stützt sich bei der Entwicklung und Verteidigung seiner Lehre vor allem auf folgende Gesichtspunkte: [124])

Der Umstand, daß der Gesetzgeber die Bestimmung über Anstifter unter dem Titel „Teilnahme" im geltenden Strafgesetzbuche aufführe, [125]) könne nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Daher könne aus der Stellung der Anstiftung in der Nomenklatur des Strafgesetzes kein Schluß dahin gezogen werden, daß die Anstiftung eine Teilnahmeform sei.

Auch der Wortlaut des § 48 RStGB. spreche nicht gegen, sondern für die Theorie der intellektuellen Urheberschaft; denn § 48 besage nicht etwa, daß der Anstifter bestraft werden solle wie der konkrete Täter, sondern wie einer, welcher die betreffende Handlung realiter begeht. Es werde die Strafe des Anstifters nicht aus der Schuld des Angestifteten abgeleitet, sondern aus der Handlung, welche auf den Anstifter als den Urheber derselben zurückzuführen sei.

---

[121]) Vgl. Martini S. 50, 51.
[122]) Vgl. Hälschner I S. 402, 413; Kohler Stud. I S. 106 ff.
[123]) Vgl. Kohler Stud. I S. 114.
[124]) Vgl. Kohler Stud. I S. 106 ff.
[125]) Ebenso in den Entwürfen.

Diese Ansicht wird von der herrschenden Meinung [126]) lebhaft bekämpft. Was die Stellung der Anstiftung in der Nomenklatur anlange, so sei nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber, indem er die Bestimmung über die Strafbarkeit der Anstiftung unter der Ueberschrift „Teilnahme" bringe, dabei von der Anschauung ausgegangen sei, daß die Anstiftung eine Form des Mittätigwerdens an fremder Tat sei; die Begründung zum E. 1927 äußert hiezu: „Der Entwurf unterscheidet drei Formen des verbrecherischen Subjekts: den Täter, den Anstifter und den Gehilfen." [127]) Dieser Anschauung ist beizutreten; sie wird dem Wesen der Anstiftung, dem Sprachgebrauch und dem allgemeinen Empfinden über das Verhältnis zwischen Anstiftung und Tat am gerechtesten.[128]) Demgegenüber ist auch die Tatsache belanglos, daß der Gesetzgeber inkonsequent die Bestimmung über Mittäterschaft, die ja nicht Teilnahme an fremder Tat, sondern Begehung eigener Tat ist, gleichfalls unter der gemeinsamen Ueberschrift „Teilnahme" bringt; dieses Versehen des Gesetzgebers darf nicht dazu verwertet werden, um damit den vom Gesetzgeber richtig erkannten Charakter einer anderen Bestimmung zu bestreiten.

Was den Wortlaut des § 48 StGB. anlangt, so beweist dieser nach h. M. das Gegenteil der von Kohler vertretenen Ansicht. Vom Standpunkt des geltenden Rechts aus erscheint vielmehr „die Anstiftung ... als unselbständig, und ihre Strafbarkeit abhängig von dem Vorhandensein einer strafbaren Handlung auf Seiten des Thäters." [129]) In diesem Sinne ist auch § 48 des geltenden RStGB. aufzufassen, wenn er sagt, daß als Anstifter bestraft werde, wer „einen A n d e r e n" zu der „von d e m s e l b e n begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt" hat. Auch die Auffassung Kohlers bezüglich Abs. II des § 48 läßt sich nicht halten; denn Abs. II sagt nicht, daß die Strafe des Anstifters aus der Handlung abzuleiten sei, welche auf den Anstifter als den Erreger derselben zurückzuführen sei, sondern er ist bei ungezwungener Auslegung nur so zu verstehen, daß die Strafe aus der Handlung abzuleiten sei, die auf Grund der Anstiftung von einem anderen, nämlich dem Angestifteten, als physischem Täter begangen wurde.

---

[126]) Vgl. Löwenheim S. 13 ff., Birkmeyer Teilnahme S. 144 ff. Beling L. v. V. S. 416 ff., Katzenstein S. 391 ff., Geyer in H. H. II S. 336 ff., Hälschner I S. 393; v. Liszt § 51, I 3 ff., Merkel S. 146, Frank § 48 II, Binding Grdr. S. 113, 115 a, s. aber Binding in GS. 76 S. 97.

[127]) S. 27.

[128]) Vgl. E. 27 Begr. S. 26/27; Wach a. a. O. Sp. 535, 536: „Die elementaren Begriffe sind Täter, Anstifter, Gehilfe; aus ihnen bauen sich die Teilnahmearten auf."

[129]) Löwenheim S. 10.

Ebensowenig kann die Bestimmung des § 50 RStGB. zum Beweis der Richtigkeit der Kohlerschen Lehre herangezogen werden. Es ist zwar richtig, daß dessen Inhalt mit der Ansicht Kohlers übereinstimmt[130]); daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß der Gesetzgeber Kohlers Standpunkt einnimmt; vielmehr beweist das Vorhandensein dieser Bestimmung gerade das Gegenteil; vom Standpunkt Kohlers aus wäre sie überflüssig. Tatsächlich ist sie eine Ausnahmebestimmung gegenüber der vom Gesetzgeber im übrigen vertretenen Auffassung von der akzessorischen Natur der Anstiftung und mußte daher im Gesetze besonders zum Ausdruck gebracht werden.[131])

Auch die Entstehungsgeschichte des § 48 RStGB. spricht für die Richtigkeit der Lehre von der akzessorischen Natur der Anstiftung; § 48 RStGB. enthält — mit unbedeutenden Abweichungen — den Wortlaut der §§ 34 Abs. 1 u. 35 des Preuß. Strafgesetzbuchs von 1851, denen er nachgebildet ist; letzteres aber faßte die Anstiftung als akzessorische Teilnahme an fremder Tat auf.[132])

Was den § 29 des E. 1927 anlangt, so kann dessen Wortlaut u. E. nur im Sinne der Akzessorietät aufgefaßt werden; denn er bestimmt ausdrücklich, daß als Anstifter bestraft werde, „wer vorsätzlich veranlaßt, daß e i n a n d e r e r eine Tat ausführt", und unterscheidet somit scharf zwischen der Ausführungshandlung des physischen Täters und der Anstiftungstätigkeit des Verführers. Noch deutlicher ergibt sich die Richtigkeit unserer Anschauung aus der Wendung des § 29, daß der Veranlasser der fremden Tat „als Anstifter g l e i c h einem Täter" bestraft werde. Stünde der E. 27 auf dem Boden der Lehre von der intellektuellen Urheberschaft, so würde er zum mindesten nicht sagen, daß der Anstifter g l e i c h einem Täter bestraft werde, sondern daß er a l s Täter bestraft werde, in der Fassung etwa: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt (Anstifter), wird als Täter bestraft.".

Und auch für E. 1927 gilt, was für das geltende Recht bezüglich des § 50 RStGB. bereits bemerkt ist: Stünde der Entwurf auf Seite der Anhänger der Theorie von der intellektuellen Urheberschaft, so wäre die Bestimmung des § 32 E. 27, soweit sie dem § 50 RStGB. entspricht, höchst überflüssig; aus der besonderen Bestimmung des § 32 muß daher entnommen werden, daß auch der E. 27 die Anstiftung als eine von der

---

[130]) S. Kohler a. a. O. S. 111.
[131]) Ebenso Löwenheim S. 14/15.
[132]) Vgl. Hälschner „System des Preuß. Strafrechts" S. 319/320.

Handlung eines anderen abhängigen Teilnahme aufgefaßt wissen will.[133])

Eines muß allerdings zugegeben werden, nämlich daß die Auffassung des Gesetzgebers von der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht konsequent durchgeführt ist. Denn § 31, E. 27, besagt, daß die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehlifen unabhängig ist von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt. Bereits der Vorentwurf von 1909 hat die akzessorische Natur der Teilnahme eingeschränkt, indem er keine Schuldausschließungsgründe mehr kennt, sondern nur mehr Strafausschließungsgründe. Dies drückt der Entwurf mit der Wendung aus „nicht strafbar ist, wer . . .;“ [134]) dagegen ist die Fassung „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn . . .“ bewußt vermieden worden. Daraus folgt, daß, da nur persönliche Strafausschließungsgründe vorliegen, die Tat selbst aber strafbar bleibt, die Teilnahme an einer derartigen Handlung nach dem Vor.-E. strafbar ist. Nur derjenige Täter oder Teilnehmer, bei dem ein Schuldausschließungsgrund vorliegt, ist nach § 80 V.E., — entsprechend § 50 RStGB. — straffrei. Somit kann nach V.E. 1909 strafbare Anstiftung auch dann vorliegen, wenn der Angestiftete selbst nicht bestraft werden kann — eine beachtenswerte, wenn auch nicht glückliche Neuerung und Einschränkung der Akzessorietät der Teilnahme.[135])

Der Entwurf der Strafrechtskommission hebt zwar die Vermischung der Schuldausschließungs- und Strafausschließungsgründe wieder auf (vgl. §§ 17, 20 I, 21, 22, 23); im Ergebnis jedoch stimmt er mit der einschränkenden Auffassung des Vorentwurfs von der Akzessorietät der Teilnahme überein, wie sich aus § 35 Abs. 3 ergibt; denn dort ist ausgesprochen, daß der Anstifter auch dann — und zwar als Anstifter — strafbar ist, „wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete nicht vorsätzlich oder wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen jugendlichen Alters oder wegen Taubstummheit nicht schuldhaft gehandelt hat.“ [136]) Ihm folgend bestimmt auch § 28 Abs. 1 Satz 2 des E. 1919: „Anstiftung liegt auch dann

---

[133]) Wegen der Neuerung des § 32 E. 27 gegenüber § 50 RStGB., daß die besonderen Verhältnisse und Eigenschaften, auch soweit sie die Strafe begründen, dem betreffenden Täter oder Teilnehmer zuzurechnen sind, siehe unten!

[134]) Vgl. V.E. v. 1909, §§ 63 ff.

[135]) Vgl. Bing S. 82 ff.: von Lilienthal in ZStW. 30 S. 246, welche nicht zu Unrecht rügen, daß die Einschränkung der akzessorischen Natur nicht bei ihr selbst an der geeignetsten Stelle vorgenommen wurde, sondern, daß, um ihren „künstlichen Begriff“ (so Bing und Lilienthal) aufrecht zu erhalten, die Materie der Strafausschließungsgründe unrichtig geregelt wurde.“

[136]) Vgl. Olshausen Krit. Bemerkungen S. 38, 39, der diese Lösung als juristisch nicht befriedigend bezeichnet.

vor, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Angestiftete in Wahrheit nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig war." Der E. 1925, der den einmal gewonnenen Gedanken für praktisch hielt und glaubte dadurch den Begriff der mittelbaren Täterschaft entbehrlich machen zu können, faßte ihn in § 27 in die Formel: „Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt;" diese Bestimmung hat der E. 27 in § 31 unverändert übernommen. Hiemit steht die Strafrechtsreform auf Seiten derer, die — aus praktischen Gründen — eine Mittelmeinung zwischen den beiden diametralen Thorien einnehmen.[137]) Die Auffassung von der extremen Akzessorietät ist aufgegeben; beibehalten ist das Erfordernis, daß der Angestiftete objektiv den Tatbestand einer strafbaren rechtswidrigen Handlung erfüllt haben muß.[138]) Es ist hiemit zwar an die Stelle der extremen Akzessorietät der Teilnahme eine limitierte Akzessorietät getreten;[139]) gleichwohl ist daran festzuhalten, daß auch der E. 1927 grundsätzlich den Anstifter nicht als Täter, sondern als Teilnehmer an fremder Tat ansieht, und somit die Anstiftnug nicht als intellektuelle Urheberschaft, sondern als akzessorische Teilnahme auffaßt.

2. Kausalzusammenhang.

§ 6.

Im folgenden soll nunmehr der Frage nähergetreten werden, worin sich die Teilnahme des Anstifters an der Tat des Angestifteten äußert, welcher Art also die Beziehungen zwischen psychischem und physischem „Täter" sind. Um die Tat des Ausführenden dem Anstifter zurechnen zu können, muß dieser zu dem Erfolge beigetragen haben, es muß m. a. W. ein ursächlicher Zusammenhang bestehen zwischen dem Tun des Anstifters und der strafbaren Handlung des Angestifteten. Es ergibt sich somit die Notwendigkeit einer Prüfung des Kausalzusammenhangs. Wir haben daher zu den verschiedenen Theorien über die Kausalität menschlichen Handelns

[137]) Vgl. M. E. Mayer in Aschrott-Liszt, Ref. d. St.R. S. 355 ff.; Kosterlitz S. 34.

[138]) Vgl. Begr. z. E. 27 S. 13: „Dabei muß man sich freilich gegenwärtig halten, daß die Schuldausschließungsgründe im bisherigen Recht eine weitergehende Wirkung hatten. Denn nach der im geltenden Recht herrschenden Lehre von der Akzessorietät der Teilnehmer schlossen Schuldausschließungsgründe, die in der Person des Täters vorlagen, auch die Strafbarkeit der Anstiftung und der Beihilfe aus. Hiemit hat der Entwurf (§ 31) gebrochen."

[139]) Vgl. hiezu u. bezügl. des V.E. Bing S. 85, Wegner in Aschrott a. a. O. S. 111 ff.

Stellung zu nehmen. Die Kausalität ist mit dem Eintritt einer Veränderung, sei es der Außen- oder der Innenwelt, verknüpft. Aus den zahlreichen Faktoren, die in ihrem Zusammenwirken den Eintritt einer Veränderung herbeigeführt haben, sind bei Prüfung der Frage der strafrechtlichen Zurechenbarkeit alle jene auszuscheiden, die nicht von einem menschlichen Willen geleitet wurden, sondern ohne menschliches Zutun eintraten.[140])

Streng zu trennen von der Frage nach der Verursachung ist jene nach der Verschuldung; diese beiden Komplexe dürfen — worauf von Buri[141]) mit aller Deutlichkeit hingewiesen hat — nicht miteinander vermengt werden, wenn man zu einer richtigen Lösung des Problems gelangen will.

Nicht in Betracht kommen bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs ferner alle jene Ereignisse, die für den Eintritt des Erfolges nicht wesentlich waren; von Bedeutung sind für uns vielmehr nur jene, bei deren Mangel die Veränderung der Außen- (und Innen-)Welt nicht eingetreten wäre.[142]) Alle jene Ereignisse und Zustände heißen Bedingungen des Erfolges. Es erhebt sich nun die Frage, ob, wenn ein Erfolg — und das ist wohl stets der Fall — durch eine Mehrzahl von Bedingungen herbeigeführt wurde, alle diese Bedingungen als seine Ursachen zu bezeichnen sind, und ob somit der Täter, soweit seine Schuld dieselben umspannt, für sie alle verantwortlich ist. Besteht überhaupt ein Unterschied zwischen Bedingung und Ursache? Hier stehen sich zwei Gruppen von Schriftstellern gegenüber; die eine davon leugnet einen solchen Unterschied, die andere, der wir uns zuerst zuwenden wollen, trennt die Bedingungen von den Ursachen; sie ist daher gezwungen, um eine Person strafrechtlich verantwortlich zu machen, jene Handlungen, die als Ursache zu bezeichnen sind, herauszuheben. Die Anhänger dieser Richtung lehnen für das Strafrecht den philosophischen Begriff der Ursache — Ursache sei jede conditio sine qua non — ab und erklären, entscheidend sei, wenn eine bestimmte Bedingung, nämlich die Willensbetätigung einer Person, bezw. die Unterlassung der entsprechenden Willensbetätigung, als Ursache des Erfolges erscheine. Somit besteht, wie auch Frank[143]) bemerkt, „das Hauptproblem der Kausalitätstheorien . . . darin, ob unter den Bedingungen des Erfolges der einen oder der andern eine so hervorragende Bedeutung zukommt, daß man sie als die Bedingung κατ' ἐξοχήν, d. h. als Ursache bezeichnen kann."

---

[140]) Wegen der Bestrafung der durch den Erfolg qualifizierten Delikte siehe unten!

[141]) von Buri, Kausalität, 1873, S. 2 ff.

[142]) S. Frank § 1, III.

[143]) S. Frank § 1, III, 2. Abs.

Was nun aber als Ursache anzusehen sei, ist unter jenen Meinungen, welche aus der Zahl der Bedingungen nur einen gewissen Buchteil als „Ursache" herausheben, wieder äußerst bestritten; es sei kurz auf folgende Anschauungen hingewiesen:

1. Ursache ist jene Bedingung, welche den Erfolg mit Notwendigkeit herbeigeführt hat. Diese Theorie, sog. Letalitätstheorie, wurde im gemeinen Recht vertreten;[144]) heute ist sie nicht mehr von Bedeutung. Gegen sie spricht die Tatsache, daß sich von einer menschlichen Tätigkeit niemals mit Sicherheit behaupten läßt, sie habe einen Erfolg mit Notwendigkeit herbeigeführt.

2. Ursache ist die Handlung, welche die allgemeine Bedingung des Erfolges gesetzt hat. Zu dieser heute veralteten Theorie ist zu bemerken, daß es nach den Erfahrungen des täglichen Lebens praktisch ausgeschlossen ist, daß für einen Erfolg nur eine einzige Bedingung vorliegt; denn stets wird dieser durch das Ineinandergreifen einer Mehrzahl von Bedingungen herbeigeführt, von denen nur ein Teil durch menschliche Handlungen gesetzt wurde.

3. Ursache ist die letzte Bedingung. So sagt Ortmann,[145]) daß die letzte Bedingung eines Zurechnungsfähigen für ein Ereignis eine Ursache sei; ferner seien mittels einer Fiktion frühere Handlungen Dritter, soweit sie spätere Handlungen durch Zwang oder Irrtums-Erregung oder -Förderung veranlaßt hätten, gleichzustellen. Dieser Anschauung hat sich Singewald, der zwar für das physische Gebiet diese Theorie ablehnt, weil sie „in ihren praktischen Ergebnissen unserem Rechtsgefühl wie den Bedürfnissen der Rechtsordnung Hohn spricht," [146]) für das psychische Gebiet angeschlossen. Singewald unterscheidet zwischen Ursachen hinsichtlich der Naturkausalität und der psychischen Kausalität; und wenn er auch betont,[147]) daß jene Unterscheidung nicht verschiedene Kausalitäten, sondern nur verschiedene Herrschaftsgebiete d e r Kausalität bedeute, so liegt eben in Wirklichkeit doch eine verschiedenartige Auslegung desselben Begriffs „Ursache" vor. Er kommt zu dem Ergebnis, daß „die letzte Bedingung in ihrer Bedeutsamkeit für den Erfolg alle anderen weit überragt; sie ist die nezessitierende, die anderen sind allenfalls inklinierende Bedingungen, möglicherweise auch das nicht einmal." [148]) Zufolge dieser Unterscheidung, sowie auf Grund der Lehre von

[144]) So Kleinschrod.
[145]) Ortmann „Ueber Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme", G.S. 28 S. 87 ff.
[146]) Singewald S. 34.
[147]) S. 51.
[148]) S. 53.

der Willensfreiheit des Menschen nimmt er dann die Abgrenzung zwischen Täter und Gehilfen vor, indem er ausführt, daß „ein anderer nie Urheber unserer zurechenbaren Entschlüsse sein kann; denn unter Voraussetzung der Willensfreiheit setzt das Subjekt die letzte Bedingung für den Entschluß stets selbst: es spricht das letzte Wort." [149]) Somit sei die Anstiftung nicht Verursachung, also der Anstifter nicht intellektueller Urheber, sondern, da er nur eine Bedingung für den Erfolg setze, Gehilfe. Gegenüber diesen Ausführungen ist darauf hinzuweisen, daß die letzte Bedingung oftmals sehr geringfügiger Art ist und es der natürlichen Auffassung der Verhältnisse nicht entsprechen kann gerade die letzte Bedingung als Ursache des Erfolges bezeichnen.

4. Ursache ist diejenige Bedingung, welche den übrigen vorhandenen positiven und negativen Bedingungen, die sich bis dahin das Gleichgewicht hielten, die entscheidende Richtung auf den Erfolg gibt (sog. Uebergewichtstheorie).[150]) Diese Anschauung ist eng verwandt mit der oben unter 3. erörterten. Für eine praktische Verwertnug ist sie nicht geeignet, da sie, wie Frank mit Recht bemerkt, „mehr ein Bild als eine auf die realen Erscheinungen anwendbaren Formel" bietet.[151])

5. Ursache ist jene Bedingung, welche die Existenz erregt,[152]) d. h. Ursache ist die Kraft, welche die Veränderung hervorruft, welche die Kausalkette auf den Erfolg hinlenkt. Diese Theorie ist gleichfalls für das Strafrecht nicht verwertbar;[153]) denn durh diese Unterscheidung zwischen ruhenden und bewegten Bedingungen kann keine Unterscheidung der Handlungen in ihrem ursächlichen Charakter erreicht werden, da Handlungen stets „Triebkräfte" sind.[154])

6. Ursache ist die wirksamste Bedingung. So führt Birkmeyer [155]) aus, daß nicht alle Bedingungen gleichwertig seien, den wenn m + n + 0 gleich p sei, dann sei weder m noch n noch o gleich p; maßgebend und damit Ursache sei vielmehr jene Bedingung, „welche mehr, als die übrigen Bedingungen

---

[149]) Singewald ebenda S. 53.
[150]) Ihr Hauptvertreter ist Binding; s. Norm. 1 S. 116 ff. (2. Aufl.).
[151]) S. Frank § 1, III 1 b.
[152]) So Kohler 1 S. 83 ff. G.A. 51 S. 327 ff.
[153]) Siese RG.Str. 5 S. 29: „Es kommt nicht darauf an, ob der Erfolg allein und unmittelbar durch das Handeln der Angeklagten herbeigeführt ist oder ob zur Hervorbringung desselben andere vorhergesehene oder unvorhergesehene Umstände mitgewirkt haben. Nach richtigen strafrechtlichen Grundsätzen kann vielmehr nur verlangt werden, daß die Handlung des Täters sich unter denjenigen Faktoren befunden habe, auf welche der Erfolg als Ursache zurückzuführen ist."
[154]) So Beling Grundzüge 8./9. Aufl. S. 28.
[155]) „Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht"; G.S. Bd. 37 S. 257 ff. S. 268 ff.

zu dem Erfolge beigetragen hat", d. h. die wirksamste Bedingung.[156]) Kausalität sei nicht nur Verursachung, sondern auch das Setzen einer Bedingung. Diese Theorie scheitert nicht nur an ihrer praktischen Unverwertbarkeit — denn die gegenseitige Abwägung der verschiedenartigen Wirksamkeit mehrerer Bedingungen ist äußerst schwierig, wenn nicht unmöglich —, sondern auch an ihren unbefriedigenden Ergebnissen: es sind zahlreiche Fälle denkbar, wo der nach normalem Rechtsgefühl Hauptschuldige äußerlich nur eine Bedingung setzt, die für den Erfolg im Vergleich zu den übrigen mitwirksamen Bedingungen nur geringfügig ist. Nach der vorliegenden Theorie könnte dieser Hauptschuldige, da er nicht die wirksamste Bedingung gesetzt hat, nicht als Verursacher des Verbrechens angesehen werden.

7. Ursache ist die regelwidrige, d. h. die der Regel des Lebens nicht entsprechende Handlung; als Maßstab hiefür dient der sorgsame Familienvater.[157]) Diese Auffassung beruht auf einer unzulässigen Verquickung von Ursache und Schuld.

8. Ursache ist jene Bedingung, welche generell den Erfolg herbeizuführen geeignet ist, ihn wahrscheinlich macht, also die dem Erfolg adäquate Bedingung. Diese Anschauung vertritt die Theorie der typischen, adäquaten Verursachung, die wohl als h. M. zu bezeichnen ist.[158]) Dabei wird die generelle Eignung einer Bedingung für die Herbeiführung des Erfolges stets ex post, vom Erfolge aus rückwärts, erschlossen, sog. nachträgliche Prognose.[159]) Dabei unterscheiden die einen Anhänger dieser Meinung, ob die Voraussicht oder Voraussehbarkeit vom Standpunkt des Täters aus gegeben war, sog. subjektive nachträgliche Prognose,[160]) während die anderen darauf abstellen, ob sie vom Standpunkt eines unbeteiligten verständigen Beobachters (Richter) aus gegeben war, sog. objektive nachträgliche Prognose.[161]) Zugegeben wird von der Theorie der adäquaten Verursachung, daß ein Erfolg auch durch eine Reihe von Umständen herbeigeführt werden kann, von denen kein einziger dem Erfolge adäquat ist; in einem solchen Falle könne eben dann keine Bestrafung des Täters eintreten, da das Gesetz nur die adäquaten Handlungen bestrafen wolle. Diese Theorie ist für die Haftungen des Zivilrechts sehr nützlich, da sie geeignet ist ungewöhnliche Kausalverläufe einzu-

---

[156]) Dagegen Thyrén „Abhdl. aus d. Strafrecht", Lund, 1894 1, S. 91 ff. Merkel Lehrb. 1. Aufl. S. 103 ff.

[157]) So von Bar.

[158]) Vgl. J. v. Kries „Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit", 1888, der diese Theorie begründete; Anhänger sind u. a. M. Rümelin, von Rohland, Singmann, Allfeld, Köhler, Träger.

[159]) Im Gegesatz zur Prognose ex ante.

[160]) Aeltere Richtung; so auch von Kries.

[161]) Jüngere Richtung.

schränken oder zu beseitigen und dadurch sich anderenfalls ergebende Härten zu mildern. Im Strafrecht dagegen ist sie grundsätzlich nicht am Platze; denn sie dient in Wahrheit nicht so sehr der Feststellung der Kausalität als vielmehr der Verantwortlichkeit, also des Verschuldens. Dies folgt aus der Hereinziehung des Begriffes der Voraussicht oder Voraussehbarkeit; es wird dadurch die rein objektiv sein sollende Feststellung durch ein subjektives Werturteil getrübt. Letzteres darf aber grundsätzlich nur bei der Prüfung der Schuldfrage gefällt werden. Gerade da, wo ohne Berücksichtigung der Voraussicht oder Voraussehbarkeit ein Erfolg als verursacht anzusehen ist, also bei außergewöhnlichem Kausalverlauf, wird das strafrechtliche Ergebnis durch die gesondert vorzunehmende Prüfung der Schuld des Täters richtiggestellt. Und nur da, wo eine strafbare Haftung ohne Schuld eintreten soll, also bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten, ist die Theorie der adäquaten Verursachung auch im Strafrecht anzuwenden.[162])

All den vorerwähnten Ansichten ist das eine Merkmal gemeinsam, daß sie eine Unterscheidung zwischen Bedingung und Ursache vornehmen. Den Vertretern dieser Theorien gegenüber steht eine zweite Gruppe von Schriftstellern, welche grundsätzlich Bedingung und Ursache gleichsetzt. Diese Auffassung geht von dem philosophischen Begriff der Ursache aus, wie ihn J. Mill[163]) in seinem System der deduktiven und induktiven Logik entwickelt hat. Demnach ist Ursache jeder Zustand und jedes Ereignis, der oder das nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß gleichzeitig der Erfolg entfiele, jede conditio sine qua non. Da nur durch das Zusammenwirken einer Mehrzahl von Geschehnissen ein Erfolg in der tatsächlich eingetretenen Weise herbeigeführt wird, und, wenn auch nur eines davon entfällt, auch der Erfolg, ganz oder doch in der eingetretenen Art und Weise, entfallen würde, so bilden sämtliche Bedingungen auch die Ursache des so eingetretenen Erfolges. Wenn also eine menschliche Handlung zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses auch nur das geringste beigetragen hat, so ist sie als seine Ursache anzusehen.[164])

Frank, der diesen Standpunkt grundsätzlich teilt, schränkt die Aequivalenztheorie in zwei Richtungen ein: einmal soll eine Bedingung, die einen der Außenwelt angehörigen Erfolg nur durch Vermittlung eines frei und bewußt darauf hinarbeitenden Willens herbeiführt, lediglich Bedingungen und nicht

---

[162]) S. unten! Vgl. auch Frank § 1, III.
[163]) S. auch Sigwart, „Logik", 2. Aufl. Freiburg i. B. 1893, S. 488.
[164]) So Frank § 1, III 2.

Ursache sein, sog. Frankscher Regreßverbot[165]); es soll die psychisch vermittelte Kausalität eine Haftung für den Erfolg nur begründen, soferne sie Teilnahme ist. Ein Mißverständnis Frankscher Gedanken scheint es uns zu sein, wenn gesagt wird[166]): „Durch das vorsätzliche Eintreten eines anderen in die Kausalität wird der Kausalzusammenhang unterbrochen". Demgegenüber ist zu bemerken, daß in Wirklichkeit eine Unterbrechung des Kausalverlaufs nicht eintritt[167]); vielmehr wird gerade das Handeln des physischen Täters durch die Tätigkeit des Anstifters ausgelöst, verursacht; der Angestiftete wäre ohne das Zutun des Anstifters in der geschehenen Art überhaupt nicht tätig geworden.

Die zweite Einschränkung Franks betrifft die Delikte, bei denen der Täter auf Grund eines bestimmten schweren Erfolges ohne Verschuldung desselben bestraft wird; sie ist nötig zur Vermeidung unbilliger strafrechtlicher Haftung.[168])

Was die Rechtsprechung anlangt, so steht das Reichsgericht auf dem Boden der von Burischen Aequivalenztheorie.[169]) Hinsichtlich der Entwürfe ist bemerkenswert, daß die Haftung des Täters für unverschuldete besondere Folgen der Tat beseitigt ist; der Täter soll nurmehr dann für schwere Folgen haften, wenn er sie mindestens fahrlässig herbeigeführt hat.[170]) Dadurch ist auch die zweite Ausnahme Franks vom Aequivalenzprinzip überflüssig geworden[171]); denn wenn auch nach diesem die unvorhergesehenen schweren Folgen als verursacht zu erachten sind, so wird das strafrechtliche Ergebnis durch das nunmehr nötige Moment der Schuld, nämlich die Fahrlässigkeit, reguliert. Somit kann durchweg der Erforschung des Kausalzusammenhangs die Aequivalenztheorie zugrunde gelegt werden.

Worin besteht nun eigentlich die Tätigkeit des Anstifters? Welcher Art ist die Bedingung, die er für den Erfolg, die Begehung des Deliktes, setzt? Das geltende Gesetz sagt in § 48, daß Anstifter ist, wer einen anderen zu der Straftat „durch Geschenke oder Versprechen ..... vorsätzlich b e s t i m m t hat." Die Entwürfe haben, wie schon erwähnt, auf die Aufzählung einzelner Anstiftungsmittel verzichtet. Maßgebend ist das Bestimmen des Willens eines anderen; es muß somit der Entschluß zur Begehung der Tat hervorgerufen werden;

---

[165]) S. Frank § 1, III a.
[166]) Vgl. M. Mayer, der Kausalzusammenhang, 1899 S. 93, welcher auf die Mängel der Fassung hinweist.
[167]) Vgl. Klee a. a. O. S. 99.
[168]) S. Frank § 1, III 2 b; ebenso d. h. L.
[169]) Vgl. RG.Str. Bd. 54 S. 349; 56 S. 348; 59 S. 110; s. auch Bayr. Oberst. L.G. Bd. 6 S. 73.
[170]) E. 27 § 21, Begr. S. 20.
[171]) S. Frank § 1, III 2 b.

daraus folgt ohne weiteres, daß es eine Anstiftung eines bereits zur Tat Entschlossenen — omnimode facturus — begrifflich nicht gibt.[172])

Der E. 1927 spricht lediglich von einem „Veranlassen", nicht von einem „Bestimmen" zur Tat. Mit diesem Ausdruck sollte jedoch der Begriff der Anstiftung nicht aufgegeben, sondern nur nach der Meinung des Entwurfs eine Subsumtion der Fälle der mittelbaren Täterschaft unter § 29 erreicht werden. Inhaltlich ist der Begriff der Anstiftung beibehalten, wie sich auch aus der Begründung zum E. 27 ergibt, die ausführt,[173]) daß der Anstifter in dem anderen den Entschluß zur Tat hervorgerufen haben muß.[174])

Für die Feststellung, was das Gesetz unter „Bestimmen" versteht, geben die von ihm beispielsweise aufgezählten Anstiftungsmittel einen wichtigen Anhaltspunkt. Sämtliche haben ein gemeinsames Merkmal, nämlich das Moment der Inaussichtstellung eines Vorteils, z. B. das Versprechen enthält den Hinweis auf bessere Vermögens- oder sonstige Verhältnisse, die Drohung enthält die Ankündigung, daß bei Befolgung des Willens des Täters der Angestiftete von dem angedrohten Uebel verschont bleibe usw. Es ergibt sich daraus, daß Anstiftung nicht jedes Veranlassen einer fremden Tat ist, sondern nur dann vorliegt, wenn dazu eine Einwirkung auf den Willen des anderen mittels Inaussichtstellen einer günstigeren Lage kommt. Die Art und Weise in concreto kann äußerst mannigfaltig sein; so ist z. B. anerkannt die Möglichkeit einer Anstiftung durch eine Aufforderung oder einen Rat, durch scheinbares Abraten, Zusage einer Belohnung, Auftrag oder Befehl,[175]) Eingehen einer Wette, Ausnützen eines Verhältnisses der Freundschaft oder Abhängigkeit usw. Die Anstiftung kann expressis verbis oder auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Hieran ist durch den E 27 nichts geändert, der lediglich den Wortlaut der Gesetzesbestimmung möglichst kurz fassen, begrifflich aber daran, was die Anstiftungstätigkeit anlangt, nichts ändern will.

Wer dagegen nur Gelegenheit zur Tat gewährt, ist in der Regel nicht Anstifter. Heilborn[176]) weist zutreffend darauf hin, daß der Begriff des Anstiftens enger ist, als der des Veranlassens; unter letzteren Begriff fällt auch der schon erwähnte „listige Vogelfänger", der einem anderen lediglich Gelegenheit zu einer strafbaren Handlung bietet, aber ihn nicht

---

[172]) Vgl. RG. 13 S. 121.
[173]) Begr. z. E. 27 S. 28.
[174]) Vgl. auch die Ausführungen Wegners in Aschrott a. a. O. S. 12 ff., 116 ff.
[175]) S. hiezu van Calker „Befehl" S. 22.
[176]) Heilborn, S. 69.

anstiftet. Singewald [177]) bemerkt hiezu mit Recht, daß der listige Vogelfänger — z. B. ein Hauseigentümer, der die Türe bewußt offen läßt, damit ein Dieb hereinkomme und ertappt werde —, seine Gedanken gegenüber dem Opfer nicht ausdrückt. Er gibt sich gegenüber diesem vielmehr den Anschein, als wolle er die Tat nicht, ja, als dächte er nicht einmal an die Möglichkeit ihrer Begehung. Daß hieran der Entw. 27 sachlich weder durch die Unterlassung der Aufzählung von Anstiftungsmitteln noch durch die Ersetzung des Wortes „bestimmt" durch „veranlaßt" etwas geändert hat und ändern wollte, wurde bereits oben erwähnt.

Wie geht nun die Anstiftungstätigkeit vor sich? Zunächst zeigt der Anstifter dem Anzustiftenden seinen gegenwärtigen Zustand als einen unzulänglichen, unbefriedigenden; dadurch sucht er in ihm ein Gefühl der Unzufriedenheit mit der bisherigen Lage zu wecken. Sodann weist er ihn auf einen anderen Zustand hin, der angenehmer wäre als der derzeitige, z. B. den Besitz einer Summe Geldes, oder den Tod seines langjährigen Feindes. Er stellt darauf die beiden Zustände in ein Vergleichsverhältnis zueinander, woraus hervorgeht, daß der andere — nicht vorhandene— Zustand der bessere, und daher erstrebenswert sei. Zugleich zeigt er Mittel und Wege, wie der Anzustiftende dieses Ziel erreichen könne, also die Handlung, durch welche dem gegenwärtigen unbefriedigenden Zustand ein Ende gesetzt werden könne. Er stellt, m. a. W., dem Unlustgefühl über den bisherigen Zustand ein Lustgefühl in Richtung auf den künftigen gegenüber, und knüpft eine Verbindung zwischen den beiden Zuständen und jener Handlung, die den künftigen herbeiführen könne. Er rechnet gleichsam dem andern die Differenz zwischen seiner gegenwärtigen und künftigen Lage vor und versucht dadurch in ihm die Begierde nach Herbeiführung des besseren Zustandes durch Begehung der gezeigten strafbaren Handlung zu wecken, bezw. wenn sie noch nicht stark genug ist, zu steigern.

Kann aber überhaupt der Anstifter in einem anderen Menschen Begierden hervorrufen? Hat er denn einen Einfluß auf einen fremden Willen? Es gilt daher im folgenden kurz zum Problem der Willensfreiheit Stellung zu nehmen. [178])

---

[177]) S. 59 ff.

[178]) Die Bedeutung des Problems für die Behandlung der Frage des Kausalzusammenhangs bei der Anstiftung leugnen Martini S. 15, Oetker in Z.St.W. Bd. 17 S. 550, Binding Grdr. S. 229; vgl. auch Ludwig S. 12/13.

3. Willensfreiheit.

§ 7.

Während für das Wirken der Naturkräfte ein Kausalverhältnis ernstlich nicht geleugnet wird, ist die Frage ob auf psychischem Gebiete von einem ursächlichem Zusammenhang gesprochen werden kann, bestritten.

Die verschiedenen Kräfte, die auf die Seele des Menschen einwirken, sind nicht erforscht und nicht erforschbar; der Grad der Einwirkung einer bestimmten einzelnen Bedingung auf die menschliche Psyche läßt sich nicht berechnen; er hängt nicht nur ab von der Art des gewählten Beeinflußungsmittels, sondern auch von der sittlichen und geistigen Höhe, auf der der Anzustiftende steht, d. h. von der Stärke der Hemmungsvorstellungen, die er den in ihm geweckten Lust- und Unlustgefühlen gegenüberzustellen vermag.

Vom Standpunkte des Determinismus aus ist der Kausalzusammenhang zwischen Anstiftungs- und Ausführungstätigkeit unschwer nachzuweisen. Nach ihm ist die menschliche Handlung lediglich das Ergebnis der körperlichen und seelischen Eigenart des Menschen in Verbindung mit dem Einfluß der auf ihn einwirkenden äußeren Verhältnisse. Der Anstifter löst, indem er in dem anderen durch seine Vorstellungen Lust- und Unlustgefühle hervorruft, eine Kausalkette aus; der Anzustiftende kann infolge der ihm eigenen körperlichen und geistigen Verfassung auf diesen äußeren Einfluß nur in bestimmter Weise reagieren; er muß unter bestimmten Verhältnissen den Vorstellungen unterliegen und die strafbare Tat begehen. Der Anstifter schafft das erste Glied der Kausalkette, er verursacht somit den Erfolg und haftet daher strafrechtlich dafür. Wenn diese Anschauung richtig ist, dann ist es nicht folgerichtig, außer dem Anstifter auch den physischen Täter zu bestrafen; denn letzterer konnte ja dann gar nicht anders handeln, er mußte dem Einflusse des Anstifters unterliegen und ist daher selbst für den Erfolg nicht verantwortlich. Dieses Ergebnis ist zweifellos unbefriedigend; es ist auch deutlich vom geltenden RStGB. sowie von den Entwürfen abgelehnt, wonach nicht nur der Anstifter, sondern auch der physische Täter bestraft wird. Könnte der Täter aufgrund der psychischen Einwirkungen seitens des Anstifters nicht anders als in der vom Anstifter gewollten Weise handeln, und könnte er sich nicht frei für oder gegen die Begehung der Tat entscheiden, so könnte, wie Bierling [179]) richtig bemerkt, seine Handlung nur noch unter § 51 oder

[179]) S. Bierling, Juristische Prinzipienlehre Dritter Band S. 55.

§ 52 RStGB. fallen und wäre dann nicht mehr strafbar. Das Bestimmen des anderen wäre dann auch nicht mehr Anstiftung, sondern das ganze Handeln des Anstifters wäre Selbstbegehung der Straftat.

Auch die Entwürfe stehen u. E. auf dem Boden der indeterministischen Lehre, da auch sie andernfalls den Täter mangels Schuld nicht strafen dürften.[180]) Die Verantwortlichkeit kann und muß man „letztlich auf die Freiheit des Ichs begründen."[181]) Wenngleich aber nach der indeterministischen Anschauung der Mensch in seinen Entschließungen grundsätzlich frei und ungebunden ist, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß die Vorstellungen, die in seiner Seele von selbst wach werden oder durch einen Dritten wachgerufen werden, auf seinen Willen einwirken, indem sie sich zu Motiven verdichten, welche ihrerseits die Grundlage für die künftige Entschlußfassung bilden. Der sog. „bedingte" Indeterminismus vertritt denn auch die Anschauung, daß es das Zusammenwirken von freier Entschließung und Ursache sei, welche die menschliche Handlung auslösen.[182])

Wenn nun der Anzustiftende den Vorstellungen des Anstifters zugänglich ist und seinen Einflüsterungen unterliegt, so sind die Motive, die dadurch in ihm entstehen, eine Folge der Anstiftertätigkeit. Der Anstifter versetzt den anderen dadurch, daß er in ihm diese Vorstellungen weckt, in eine Zwangslage: Er muß sich entscheiden, ob er ihnen nachgeben oder sie zurückweisen will. Bleibt er standhaft, so bricht das ganze Unternehmen des „Anstifters" in sich zusammen; es ist, soweit nicht durch das Gesetz für einzelne Fälle besondere Strafbarkeit normiert ist, strafrechtlich ohne Bedeutung. Gibt er den Lust- und Unlustgefühlen aber nach, sodaß diese den Beweggrund für sein Handeln bilden, so ist sein Entschluß das Produkt der Motive und seine Tat die Folge seines Entschlusses. Es ergibt sich sodann eine fortlaufende Kausalreihe von dem Einwirken auf die Seele des anderen durch den Angestifteten über Lust- und Unlustgefühle, Motiv bezw. Motive und Entschluß zur Tat selbst. Von Buri sagt daher zutreffend:[183]) „Diese Mitwirksamkeit für den Entschluß

[180]) Der Vorentwurf will mit der Verwendung des Begriffes der freien Willensbestimmung (nämlich in § 63; Anm. d. Verf.) zu der Streitfrage „Determinismus oder Indeterminismus" nicht Stellung nehmen; s. Begr. z. V.E. S. 225 ff.; 228.

[181]) S. van Calker ZStW. Bd. 30 S. 284.

[182]) Zutreffend bemerkt Röhricht a. a. O. S. 39, daß sowohl der Indeterminismus, wie der der Determinismus die Bestimmbarkeit einer Person durch äußere Umstände oder Personen zulassen.

[183]) von Buri a. a. O. S. 12.

erweist sich dann weiterhin mitwirksam für den in Gemäßheit desselben verursachten Erfolg, und somit ist auch der Anstifter dessen Verursacher." Es bedeutet dies keinen Widerspruch zur Lehre von der Willensfreiheit, denn es verträgt sich doch mit dem Grundsatz der Willensfreiheit, daß ich einen freien Entschluß fasse, nachdem mir der Gedanke, ob ich ihn fassen soll, von einem Dritten eingegeben ist. Und es verstößt ebensowenig dagegen, wenn ich behaupte, ich hätte den Entschluß nie in concreto fassen können, wenn mir nicht der Gedanke, ihn zu fassen, von fremder Seite eingeflößt wäre" [184])

Nun wird man uns entgegenhalten: Wenn aber der Erfolg durch den Anstifter verursacht ist, dann ist doch damit zugleich der Beweis erbracht, daß der Anstifter Urheber des Deliktes ist! Und damit würden unseren obigen Ausführungen über die Akzessorietät der Anstiftung wieder in Zweifel gezogen werden können. Dem ist aber nicht so. Denn wenn wir auch gesehen haben, daß eine Verursachung der Tat durch den Anstifter vorliegt, so ist dies nicht die alleinige Verursachung, sondern Mitverursachung im Verein mit dem Täter. Und wenn auch die Tätigkeit beider bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs vollständig gleich zu werten ist, so widerstrebt es doch dem Sprachgebrauch vom Anstifter zu zu sagen, er habe die Tat ausgeführt, er habe z. B. den H. „getötet". Sein Verhalten ist keine zentrale Betätigung im Sinne des „Tötungsbegriffes". [185]) Aber nicht nur der Sprachgebrauch, sondern auch das Gesetz selbst stellt diese Unterscheidung zwischen Ausführung der Tatbestandshandlung und den bloßen Erscheinungsformen der Mitversuchung auf, indem es seine einzelnen Strafbestimmungen stets auf den physischen Täter zugeschnitten hat. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf die Teilnehmer an der Tat (Anstifter und Gehilfe) hat der Gesetzgeber dadurch vorgenommen, daß er im allgemeinen Teil des geltenden RStGB., und ebenso in den Entwürfen, besondere Bestimmungen hinsichtlich Bestrafung der Teilnahme aufgestellt hat. Maßgebend für Art und Höhe der Bestrafung einer Person, die eine rechtswidrige strafbare Handlung schuldhaft verursacht hat, ist stets nur der Wortlaut des Gesetzes. Dieses hat für die einzelnen Delikte die Strafe des physischen Täters jedesmal gesondert festgesetzt, dagegen die Strafe des Anstifters, den es an sich für gleichermaßen strafbar hält, generell im allgemeinen Teil normiert. Das ist wohl auch der entscheidende Grund — abgesehen von der Rücksicht auf die natürliche Volksanschauung und den Sprachgebrauch —, warum der Anstifter trotz Gleichwertigkeit der

[184]) Ibach S. 24.
[185]) Beling Grdz. S. 29.

von ihm für den Erfolg gesetzten Bedingungen nicht als Täter, intellektueller Urheber, sondern als Teilnehmer an fremder Tat bestraft wird.

Bei dieser Einstellung ist es auch nicht nötig mit Frank, der bezüglich der Teilnahme wieder die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung vornimmt,[186]) die Anstiftung als bloße Bedingung zu bezeichnen. Das sog. Regreßverbot bei vorsätzlichem Eintreten eines Dritten ist somit überflüssig.

Auch der Unterscheidung von Anstifter- und Teilnehmerqualität nach dem Grade der Schuld der verschiedenen am Verbrechen beteiligten Personen, die auf den ersten Blick sehr bestechend und auch der Volksanschauung geläufig ist, kann nicht beigepflichtet werden. Denn mit der Unterscheidung zwischen animus auctoris und animus socii ist der Erforschung des Ursachenbegriffs nicht gedient. Wegner[187]) weist zutreffend darauf hin, daß im Rechtsstaate das Gesetz nicht sagen darf „Du bist Täter und nicht nur Gehilfe, weil du innerlich am meisten beteiligt warst — m. a. W. also: Du bist der Hauptschuldige, weil ich dich für hauptschuldig halte." Maßgebend sei vielmehr, wer die Hauptsache für den Erfolg getan habe. Beizupflichten ist Wegner auch insofern, als er erklärt, daß erst dann, wenn die Beteiligung einer Person nachgewiesen sei, — und das gilt wie für die von ihm vertretene Adäquanztheorie mutatis mutandis gleichermaßen für die von uns vertretene Äquivalenztheorie —, zu untersuchen sei, wie die verschiedenen an der Tat beteiligten Personen im Verhältnis zum Erfolge zu werten seien. Wer eine Ausführungshandlung vornimmt, ist Täter; „Vornehmen der Ausführungshandlung[188]) ist uns ein Indiz für den höchsten Grad verbrecherischer Energie."[189]) Wer den Täter hiezu bestimmt hat, ist Anstifter, und wer ihm Beistand geleistet hat, durch Rat oder Tat, ist Gehilfe.

Nach dieser Untersuchung des äußeren Tatbestandes der Anstiftung erübrigt noch eine Prüfung des inneren, also des Anstiftervorsatzes.

4. Vorsatz.

§ 8.

Auch hier gehen die Meinungen auseinander. So tritt uns gleich der Streit zwischen Vorstellungs- und Willenstheorie entgegen.[190]) Doch halten wir ein näheres Eingehen darauf

---

[186]) S. Frank § 1, III a.

[187]) In Aschrott a. a. O. S. 105 ff.

[188]) Siehe hiezu auch die Entgegnung Wegners in Aschrott a. a. O. S. 107—109 gegenüber dem Einwand, daß der Begriff der Ausführungshandlung logisch nicht scharf genug umrissen sei.

[189]) Wegner in Aschrott a. a. O. S. 108.

[190]) Vgl. die Literatur bei von Liszt § 39 Note 8 S. 241.

nicht für nötig, da der Gegensatz zwischen den beiden Ansichten bei der Prüfung des Anstiftervorsatzes nicht von praktischer Bedeutung ist;[191]) denn wenn jemand etwas tut und er weiß es, so will er es auch zugleich.

Wichtig ist dagegen die bereits oben besprochene Unterscheidung zwischen intellektueller Urheberschaft und akzessorischer Teilnahme. Nach ersterer Theorie, die wir ausdrücklich auch vom Standpunkt der Entwürfe aus ablehnen, gibt es überhaupt keinen besonderen Anstiftervorsatz, sondern nur einen Tätervorsatz. Daraus folgt, daß der Anstifter die Vollendung der Tat wollen muß und daß er nicht strafbar ist, wenn er nur einen Versuch derselben will; denn es liegt dann zwar ein Anfang der Ausführung vor, es fehlt jedoch der Entschluß zur Begehung der Straftat.[192])

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage von dem von uns vertretenen Standpunkte der Akzessorietät der Anstiftung aus. Hiernach ist zum Begriff der Anstiftung zu fordern: Das Bewußtsein des Anstifters, 1. daß er bestimmt, 2. wozu er bestimmt, und 3. welche Folge das Bestimmen haben wird.[193]) Die Willenstheorie erfordert hiezu noch den entsprechenden Willen.

1. Der Anstifter muß wissen, daß er einen anderen zu einer Straftat bestimmt; ob er sich an diesen als an eine individuell bestimmte Person wenden muß, ist bestritten. Es wird die Ansicht vertreten, daß es genüge, wenn der Anstifter wisse, er erzeuge den Entschluß zur Tat in irgend einer beliebigen anderen Person; dies gehe aus dem Begriffe der Anstiftung [194]) und aus dem Wortlaut des § 48 RStGB. hervor, der nicht von einem bestimmten anderen spreche.[195]) Dagegen wendet Katzenstein mit Recht ein, daß das Bestimmen einer unbestimmten Zahl von Personen im besonderen durch § 111 RStGB.,[196]) unter Strafe gestellt sei, und daraus hervorgehe, daß der Anstiftungsbegriff „ein Bestimmen einer oder mehrerer individuell hervortretender Personen“[197]) voraussetze.

2. Der Anstifter muß ferner wissen, wozu er bestimmt.[198]) Wenn er auch nicht sämtliche Einzelheiten der zu vollbringen-

---

[191]) Vgl. auch von Liszt a. a. O. § 39 Note 8, von Buri „Vorstellung und Wille“ in Beiträgen S. 344; s. auch Heilborn S. 16, Bing S. 20/21.

[192]) Vgl. Katzenstein S. 388.

[193]) Vgl. Katzenstein S. 395.

[194]) S. Olshausen § 111, 6; Hälschner II S. 800.

[195]) S. Löwenheim S. 60 und Note 1 daselbst; Von Bar G. u. Sch. Bd. 2 S. 620; Allfeld S. 241; Olshausen § 48 Note 8; Frank § 48, III 2 — ebenso die Entwürfe.

[196]) Ebenso in den Entwürfen; s. E. 27 §§ 171, 249.

[197]) Katzenstein S. 396.

[198]) Vgl. Römer S. 23.

gen Tat sich besonders vorstellen muß, so ist doch erforderlich, daß er konkrete Verhältnisse ins Auge faßt.[199])

3. Der Anstifter muß die Folgen seines Bestimmens wissen und wollen. Hier erhebt sich nun die äußerst wichtige Frage, ob der Anstifter, wenn er es nicht bis zur Vollendung des Deliktes kommen lassen will, strafbar ist oder nicht. Die Lösung ergibt sich aus der Untersuchung über den Erfolg der Anstiftung.

Eine Gruppe von Schriftstellern vertritt die Auffassung, daß zur Anstiftung die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses genüge. So führt Löwenheim[200]) aus, daß nach § 48 RStGB. Anstiftung die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zum Verbrechen d. h. die Tätigkeit sei, durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluß das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll. Folglich stelle einzig und allein die Hervorrufung dieses verbrecherischen Entschlusses in dem Anzustiftenden den Erfolg der Anstiftung dar. Somit brauche auch der Vorsatz des Anstifters nur diese Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen. Olshausen[201]) gelangt zu dem gleichen Ergebnisse, indem er folgenden Schluß zieht: Wer einen anderen zu einer strafbaren Handlung bestimmt, ist Anstifter; der Versuch ist eine strafbare Handlung; folglich gibt es auch eine strafbare Anstiftung zum Versuch.

Auch Heilborn hält Anstiftung zum Versuche für ausreichend zur Begründung der Strafbarkeit; denn der Erfolg der Anstiftung bestehe darin, daß der Täter handle, nicht daß er vollende.[202]) Mit der Bestimmung des Anzustiftenden, mit der Hervorrufung des Entschlusses in ihm sei die Anstiftung als Tat vollendet.[203]) Zur Begründung führt er an:[204]) „Nun ist aber die Anstiftung ein Erfolgsdelikt in dem Sinne, daß sie strafrechtlich erst bedeutsam wird, wenn zu ihrem begrifflichen, auch vom Gesetzgeber m. E. anerkannten Erfolge noch ein weiterer Erfolg, — ein strafbares Handeln des Angestifteten, — hinzutritt. Demnach ist anzunehmen, daß der Anstifter auch dieses Handeln in seinen Vorsatz aufnehmen muß. Er will nicht nur den Entschluß, sondern eine Thätigkeit; er muß sie wollen. Aber nicht mehr; nicht den durch diese Thätigkeit herbeigeführten Erfolg." Was die von seinen Gegnern angeführte Reichsgerichtsentscheidung Bd. 15 S. 315 ff. an-

[199]) Vgl. Frank § 48, III 2/3, und die dort angeführten RG.-Entscheidungen. Bestimmtheit fordern: Olshausen § 48 Note 7, v. Liszt § 51, I 3; Löwenheim S. 34; Heilborn S. 95; Katzenstein S. 397, 398.
[200]) a. a. O. S. 18, 20; s. auch S. 34—36.
[201]) § 48 Note 14.
[202]) Heilborn a. a. O. S. 88.
[203]) Heilborn a. a. O. S. 98.
[204]) Heilborn a. a. O. S. 87.

lange, so beziehe sie sich auf Anstiftung zu einem absolut untauglichen Versuch und beruhe auf der subjektiven Theorie;[205]) sie könne daher zur Widerlegung seiner Ansicht nicht herangezogen werden.

Kriegsmann führt in seinen kritischen Bemerkungen zu dem Werke von Bars, Gesetz und Schuld im Strafrecht, aus: „Die bloße Absicht, die Vollendung nicht eintreten lassen, oder sie positiv zu hindern, schließt die Strafbarkeit des Anstifters nicht aus; — da der Vorsatz gerichtet ist auf die Herbeiführung der Handlung des Angestifteten, d. h. auf das Verbrechen, wie dies durch die H a n d l u n g des Angestifteten in unmittelbare Erscheinung tritt, die Handlung des Angestifteten aber auf den Erfolg gerichtet ist, so kann der Anstifter, wenn er in dem Angestifteten den Entschluß zur Behehung des Verbrechens hervorruft, nicht gleichzeitig geltend machen, daß er einen Teil dieses unteilbaren und durch die Anstiftungshandlung in die Erscheinung tretenden dolus nicht habe . . .[206])

Gleichfalls auf dem Standpunkte, daß der Anstifter nicht notwendig die Vollendung des angesonnenen Deliktes wollen müsse, steht Köhler.[207]) Die Strafbarkeit der Anstiftung zum Versuch (in dem oben ausgeführten Sinne) bejahen ferner v. Bar,[208]) Kosterlitz,[209]) Beling[210]) und wohl auch Binding.[211])

Im Gegensatz hiezu vertritt eine andere Gruppe von Schriftstellern die Ansicht, daß zum Begriff der Anstiftung erforderlich sei, daß der Vorsatz des Anstifters die Vollendung des Delikts umfasse.[212])

Frank führt aus, die Anstiftung müsse einen doppelten Erfolg haben: „Die Bestimmung eines andern, d. h. die Hervorrufung des Entschlusses zur Tat, und die Begehung der Tat selbst".[213]) Daraus ergebe sich: „daß strafbare Anstiftung

---

[205]) Heilborn a. a. O. S. 93, 94.

[206]) Kriegsmann S. 554, 555; von Bar G. u. Sch. 2, S. 644.

[207]) D. Str. S. 499—524.

[208]) G. u. Sch. 2, S. 644 ff.

[209]) Kosterlitz versucht S. 22/23 seine Meinung mit dem Satze zu begründen: „Durch die Erweckung des Vorsatzes auf Vollendung einerseits, und durch die vom Beginn der Ausführung des Verbrechens an selbständige Tätigkeit des Angestifteten andererseits wird die Gefahr der Vollendung der Anstiftung so groß, daß allein die Absicht des a. p., den Erfolg später durch eigene Tätigkeit abzuwenden, nicht ausreichen kann, um den Tatbestand der Anstiftung zu verneinen."

[210]) Grdr. S. 88.

[211]) Grdr. S. 171.

[212]) So die h. M.: Martini S. 35 ff.; Kohlenberger S. 30; Bing S. 33; Korn S. 25 ff.; Berolzheimer S. 21; Dopffel S. 40/41, Frank § 48 III; Kohler in Goltd. A. Bd. 55 S. 1 ff.; Wachenfeld in H. H. 1904 S. 274; Finger a. a. O. 1 S. 351 Note 452; Lobe in E. § 48, 2 A. d; Singewald S. 119; Ibach S. 74, 75; Deubert S. 17 ff.; Raab S. 51; Birkmeyer S. 166 Note 321 b, S. 168; Römer S. 23.

[213]) Frank § 48, III.

nicht vorliegt, wenn der Bestimmende nur den Versuch des Deliktes „will", d. h. wenn er darauf rechnet, daß die Haupttat nicht vollendet werde.[214])

Mit ausführlicher und überzeugender Begründung vertritt Katzenstein seinen Standpunkt. Nach einem Hinweis auf die bei Borchert[215]) enthaltenen Widersprüche[216]) beschäftigt er sich mit der Argumentation Olshausens, der von der „Ausführung einer strafbaren Handlung selbst, wenn auch nur in der Verbrechensform des strafbaren Versuchs" spricht.[217]) Er gibt dabei einen nicht nur für das geltende Recht, sondern besonders auch für die Stellungnahme der Entwürfe wichtigen Hinweis.[218]) Er führt aus, daß ausweislich des § 43 RStGB. das Wort „ausführen" für den Kriminaljuristen eine technische Bedeutung erhalten habe und zwar in dem Sinne, daß nur ein vollendetes Verbrechen als „ausgeführt" bezeichnet werden könne; daher sei es unzulässig, ja widersinnig, von der „Ausführung" eines Versuches zu sprechen. Bestehe doch das Charakteristische des letzteren in dem „Anfange der Ausführung". Zur Bestärkung seiner Auffassung beruft sich Katzenstein auf folgende Ueberlegung:[202]) Wenn das Gesetz einem Täter oder Teilnehmer an einer strafbaren Handlung, der nach § 46 RStGB. vom Verbrechen zurücktritt und die Vollendung des Deliktes hindert, die goldene Brücke zum Rückzug baut,[221]) so „müssen — das lehrt ein Schluß vom Größeren auf das Geringere mit zwingender Notwendigkeit — dieselben kriminalpolitischen Erwägungen auch demjenigen Thäter sowohl wie Teilnehmer zu gute kommen, der von Beginn seiner Thätigkeit an jene goldene Brücke betritt, indem er die Vollendung der strafbaren Handlung von vorneherein unmöglich macht."

Daß § 46 RStGB. nicht nur für den Täter selbst, sondern auch für den Teilnehmer gilt, ist heute fast unangefochtene Auslegung; es ergibt sich daraus, daß der Ausdruck „Täter" hier, wie auch an verschiedenen anderen Stellen, nicht im technischen Sinne gebraucht ist, ferner aus dem durch kriminalpolitische Erwägungen geleiteten unabweisbaren Analogieschluß. Für das künftige Strafrecht ergibt sich dies zwei-

---

[214]) Frank § 48, III.
[215]) Borchert S. 68, 56 ff.
[216]) Katzenstein S. 401 ff.
[217]) Olshausen § 48 Note 14.
[218]) S. unten!
[219]) S. 403, 404.
[220]) S. 406, 407, 408 ff.
[221]) S. hiezu Finger 1 S. 324; von Liszt § 48, IV 1; § 52, III, 3; Allfeld S. 198 ff.; 202, Birkmeyer S. 156; Merkel S. 135; Geyer in H. H. II, 1871, S. 372; Meves in G. A. 37, S. 409; E. 38, 223; a. A. v. Bar G. u. Sch. 2, S. 687; Berolzheimer S. 30.

felsfrei aus der Fassung des Wortlautes der Bestimmung über den Rücktritt vom Versuch.[222])

Auch die Auffassung Löwenheims, daß die Täterhandlung lediglich eine Bedingung der Strafbarkeit der Anstiftung sei, wird von Katzenstein[223]) mit guten Gründen widerlegt. Dagegen spreche, daß es verwunderlich wäre, wenn das Gesetz diese Strafbarkeitsbedingung also einen äußeren Umstand, mitten unter den Tatbestand der Anstiftung aufgenommen hätte. Ferner wäre doch anzunehmen, daß das Strafgesetzbuch, wenn es die Täterhandlung als Bedingung der Strafbarkeit erachtet hätte, dies, wie auch stets, in einem Konditionalsatze zum Ausdruck gebracht hätte. Somit ergebe sich auch aus der Fassung des § 48 RStGB. die Unrichtigkeit der Anschauung Löwenheims.[224])

Auch das RG. spricht sich gegen die Strafbarkeit einer Anstiftung zum bloßen Versuche aus. Es ist zwar richtig, daß die Entscheidung Bd. 15 S. 315 ff. einen Fall betrifft, in dem der Anstifter die Verabreichung eines untauglichen Mittels wollte; jedoch hat sich bei dieser Gelegenheit das RG. ausdrücklich mit der Frage der Strafbarkeit einer Anstiftung zum Versuche beschäftigt und ausgeführt, daß es prinzipios wäre, wenn man bei einem Anstifter, der den Erfolg der strafbaren Handlung nicht wolle, eine Strafe verhänge, wo nicht nur die Tat, sondern auch der Wille fehle.[225])

Diese Ausführungen über die beiderseitigen Ansichten mögen genügen; im übrigen glauben wir auf die im vorhergehenden zitierte einschlägige Literatur verweisen zu dürfen. Statt weiterem soll nun gleich zur Prüfung der Frage übergegangen werden, ob die Entwürfe eine klare Stellungnahme zu dem Problem eingenommen haben oder ob nach wie vor dem Streite der Meinungen freier Spielraum belassen ist.

Durch § 78 des Vorentwurfs ist das Problem u. E. nicht gelöst worden. Bing[226]) schließt daraus: „Der Vorsatz des Anstifters umfaßt also wieder das Verbrechen; denn der Erfolg der Anstiftung ist hier ebenso, wie im Strafgesetzbuch, das Verbrechen selbst." Kohler[227]) schlägt zur Klärung der Frage die Fassung vor: „Wer den Täter absichtlich zu einer Handlung bestimmt hat, wird strafrechlich ebenso behandelt, wie wenn er die Handlung selber begangen hätte."

---

[222]) Vgl. E. 27 § 27: „Wer aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder bei Beteiligung mehrerer verhindert"; „Wer den Erfolg abwendet"; s. auch Kohlenberger S. 60.

[223]) S. Katzenstein S. 415 ff.

[224]) S. Katzenstein S. 416 ff.

[225]) S. Katzenstein S. 412 ff.

[226]) Bing S. 81.

[227]) Kohler in Golt. A. 56 S. 292 ff.; s. gutachtl. Aeußerungen über den Vorentwurf S. 200, zu § 78.

Auch aus dem Wortlaut der Entwürfe von 1913 und 1919 läßt sich — was den Vorsatz des Anstifters betrifft — keine deutlichere Stellungnahme als bisher entnehmen.

Anders dagegen der Entwurf 1925 und mit ihm der E. 1927: Hier wird statt der bisherigen Wendung „von diesem (vorsätzlich) begangenen strafbaren Handlung" die neue Formulierung gebraucht „wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine strafbare Handlung ausführt." Diese neue Fassung hat ihren tieferen Grund und kann u. E. nur in dem Sinne verstanden werden, daß damit gesetzlich festgelegt sein soll, daß der Vorsatz des Anstifters die Vollendung der Tat mitumfassen muß.[228]) Der Grund, aus dem wir diesen Schluß ziehen, ist, wie schon oben erwänt, gesetzestechnischer Art: in § 26 (Versuch) versteht der E. 1927 unter „Ausführung" nur die Vollendung einer Straftat; denn wenn schon Teilakte der strafbaren Handlung als „Ausführung" zu bezeichnen wären, so hätte der Begriff „Anfang" der „Ausführung" keinen Sinn; es wäre diese vielmehr ebenfalls schon „Ausführung". Und nicht anders kann die Wendung „daß ein anderer eine Tat ausführt" verstanden werden, nämlich so, „daß ein anderer eine Tat vollendet." Daraus ergibt sich, daß es zur strafbaren Anstiftung nicht genügt, wenn der Anstifter lediglich einen Versuch des Verbrechers eintreten lassen will. Uebereinstimmend hiemit äußert sich die Begründung zum E. 25:[229]) „Der Vorsatz des Anstifers muß dahin gehen, daß der andere die Tat vollende", und jene zum E. 27:[230]) „Der Vorsatz muß darauf gerichtet sein, daß der Angestiftete die Tat vollende. Der Anstifter muß sich den Eintritt des Uebels vorsetzen, dessen Herbeiführung im Gesetze mit Strafe bedroht ist. Es genügt nicht, daß er den Angestifteten bloß zur Tat verlocken, den Erfolg aber abwenden will."

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß nach dem E. 1927 sich das Erfordernis der Erstreckung des Anstiftervorsatzes auf die Vollendung der Tat, den Erfolg, nicht nur aus den oben schon für das geltende Recht angeführten Gründen sondern auch aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst ergibt.

Unter Zugrundelegung der im vorstehenden über die rechtliche Natur der Anstiftung gewonnenen Ergebnisse können wir nunmehr an die Untersuchung der Frage treten, ob bezw. inwieweit der a. p. strafbar ist.

---

[228]) S. auch Kosterlitz S. 36, der sagt: „. . . . ‚ausführen' ist gleichbedeuent mit zu Ende führen . . ." und der daher für den A.E. 1925 annimmt, daß dort der Vorsatz des Anstifters auf die Vollendung der Haupttat gehen müsse.

[229]) Zu §§ 26—28; E. 25 Begr. S. 27 ff.

[230]) E. 27, Begr. S. 28.

D. Anwendung auf die Tätigkeit des agent provocateur.

1. Anstiftung zum Versuch.

§ 9.

Unter Anstiftung zum Versuch soll hier nicht der Fall verstanden werden, daß der Anstifter die Vollendung der Tat will, die Tat jedoch im Versuchsstadium stecken bleibt, ebensowenig der Fall, daß der Anstifter selbst die Vollendung will, der Anzustiftende aber nur zum Scheine darauf eingeht und lediglich einen Versuch begehen will;[231]) vielmehr sei hiermit der dritte Fall begriffen, nämlich daß der Anstifter in dem Anzustiftenden den Entschluß zur Begehung einer vollendeten Tat hervorruft, selbst aber nur einen Versuch der Tat will. Diese typische erste Erscheinungsform der a. p. — Tätigkeit soll nun auf ihre Strafbarkeit hin untersucht werden. Dabei wird vorausgesetzt, daß der a. p. mit dem Eintritt einer Vollendung des Deliktes nicht einverstanden ist. Es bedarf keiner näheren Begründung, daß der a. p., wenn er zwar im Augenblick seiner Verführungshandlung den Erfolg der Tat nicht wünscht oder für unwahrscheinlich hält, aber gleichwohl mit der Möglichkeit seines Eintrittes rechnet und sie in Kauf nimmt, d. h. billigt, wegen Vorliegens von dolus eventualis strafbar ist; und zwar gilt dies nicht nur dann, wenn die Tat wirklich zur Vollendung kommt, sondern ebenso auch dann, wenn nur ein strafbarer Versuch zustande kommt; denn es liegt in einem solchen Falle überhaupt keine „Anstiftung zum Versuch" in dem oben bezeichneten Sinne vor, sondern gewöhnliche Anstiftung.

Mit der Frage, ob und inwieweit der a. p. strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er den Eintritt des Erfolges nicht zu hindern vermag oder wenn er gar nachträglich mit der Vollendung der Tat einverstanden ist und ihr bewußt nicht entgegenarbeitet, werden wir uns unten des näheren beschäftigen.

Dem a. p., welcher den Eintritt der Vollendung nicht will, fehlt es an dem zum Begriffe der Anstiftung erforderlichen Vorsatz; er ist somit nach dem oben Ausgeführten straflos.

Wie er sich die Verhinderung des Erfolges vorstellt, ist ohne Belang; so kann es sein, daß er bestimmt weiß, das Mittel, das er dem anderen gibt, sei unwirksam, oder das Objekt nicht tauglich. Er kann ferner die Vollendung der Tat

---

[231]) S. Raab S. 57, Dopffel S. 26, 27.

selbst vereiteln, indem er die gefährdete Sache dem verbrecherischen Zugriff entzieht oder den Täter durch psychische Kraft[232]) an der Fortsetzung seines strafbaren Tuns wider seinen Willen hindert; er kann endlich den Bedrohten warnen oder die Staatsgewalt zuhilfe nehmen und durch polizeiliches Eingreifen den Erfolg verhindern lassen. In all den Fällen, wo der a. p. darauf rechnet, daß auf solche oder andere Weise die Tat nicht über das Stadium des Versuchs gedeihen werde, ist seine Bestrafung nach § 29 E. 27 nicht möglich.[233])

Wenn jedoch das vom Täter versuchte Delikt schon den Tatbestand einer in sich abgeschlossenen anderen strafbaren Handlung enthält, sog. qualifizierter Versuch, dann ist der a. p. zwar nicht wegen Anstiftung zum versuchten Delikt strafbar, wohl aber haftet er — soweit nicht andere Gründe seiner Bestrafung entgegenstehen, z. B. Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, Irrtum, — möglicherweise als Anstifter zu dem vollendeten anderen Delikt. Hieher gehören jene Fälle, in denen das eine Delikt entweder das Mittel zum versuchten Hauptdelikt oder dessen Folge ist;[234]) so ist z. B. ein a. p., der zum Raub anstiftet, wenn der Täter im Versuchsstadium aufgehalten wird, unter Umständen wegen Anstiftung zu Körperverletzung, Mißhandlung, Nötigung oder Diebstahl strafbar; bei Anstiftung zum Einbruchdiebstahl kann Anstiftung zu Hausfriedensbruch, bei solcher zu Tötung Körperverletzung in Frage kommen. Es ergibt sich sodann der Fall, daß der Täter wegen Versuchs des schweren Delikts zu strafen ist, während der a. p. möglicherweise wegen Anstiftung zu dem in dem zusammengesetzten schweren enthaltenen leichten Delikt strafbar ist. Ob der a. p. insoweit strafbar ist, hängt davon ab, ob er damit einverstanden war, daß die Ausführung der Tat erst gehindert werden sollte, nachdem bereits der Tatbestand des oder der in dem umfassenderen enthaltenen Delikte erfüllt wäre. So sagt Raab[235]) zutreffend: „Dagegen muß ihn", nämlich den a. p., „die Strafe des untergeordneten Deliktes treffen, sofern er, den Versuch des Hauptdeliktes seitens des Täters wollend, die Vollendung dieses Deliktes in seinen Vorsatz aufgenommen

---

[232]) Gemeint ist damit der Fall„ daß der a. p. den Willen des Täters durch psychische Kraft lähmt, nicht natürlich jener, daß der Täter zum freiwilligen Rücktritt bewogen wird; vgl. Meves a. a. O. S. 406; im letzteren Falle, nämlich bei Einwirkung auf den Täter zu freiwilligem Rücktritt, sind beide straflos; vgl. Kohlenberger S. 60.

[233]) S. hiezu auch Lobe in E b. § 48, 2 A. c, und die dort zitierte Rechtsprechung, ferner Kohler in Goltd. A. Bd. 55 S. 5: „Sicher ist er straflos, denn er will nur den Versuch, nichts weiter."

[234]) Vgl. Binding Hdbch. S. 563.

[235]) Raab S. 71.

oder auch nur für den Fall der Vollendung in Kauf nehmen wollte, diesbezüglich also Eventualdolus hatte. Bezüglich dieses untergeordneten Deliktes ist er Anstifter im Sinne des Gesetzes."

2. Anstiftung zu formaler Vollendung.

§ 10.

Ob der a. p., der sein Opfer zu einer nur formalen, nicht materiellen Vollendung des Deliktes gelangen lassen will, strafbar ist oder nicht, ist, auch unter den Schriftstellern, die bei Anstiftung zum Versuche Straflosigkeit annehmen, wiederum sehr bestritten. Während die eine Richtung auch hier für Straflosigkeit eintritt, verficht die andere den Standpunkt, daß hier strafbare Anstiftung vorliege.

Zu den Vertretern der ersteren Meinung gehören Geyer,[236]) Kohler,[237]) Korn,[238]) Raab[239]) u. a.

So führt Kohler aus, daß der a. p. auch dann straflos sein müsse, wenn er dem Eigentümer das Eigentum wahren oder den Betrogenen schadlos halten wolle, oder wenn er bei Münzfälschungen das Verbreiten der Münzen verhindern und die Fälschungen nur als Ueberführungsstücke benützen wolle. Denn „es handelt sich hier überall um solche Vergehungen, welche noch eine besondere überfliegende Absicht verlangen, so die Absicht des Vermögensvorteils, die Absicht der Aneignung, die Absicht der Münzverbreitung; und da nun der a. p. keine dieser Absichten hat, die Absicht des Täters ihm aber nicht zur Last fällt, sondern nur seine eigene, so ist damit seine Straflosigkeit von selbst gerechtfertigt."[240])

Ihm hat sich Korn angeschlossen,[241]) der erklärt, daß in derartigen Fällen, wo das Gesetz das Vollendungsstadium im Interesse der besseren Realisierung der Rechtsordnung um einen Schritt zurückdatiere, eine solche „Zurückdatierung" zwar böswilligen Uebeltätern gegenüber angebracht sei, aber wohl nicht gegenüber dem, der die Rechtsordnung gar nicht verletzen, sondern unterstützen wollte. Es sei ein Unterschied, ob der materielle Erfolg später aufgehoben oder sein Eintreten verhindert werde, also ob z. B. der Erpresser den errungenen Vermögensvorteil später zurückzahle was natürlich eine wirkungslose reparatio damni wäre, oder ob er trotz

[236]) H. H. 2 S. 349; 4 S. 161.
[237]) Kohler, Stud. 1 S. 123.
[238]) Korn S. 34 ff.
[239]) Raab S. 72 ff.
[240]) In Goltd. A. Bd. 55 S. 6.
[241]) Korn S. 34, 35.

der glücklich erzwungenen Handlung, Duldung oder Unterlassung gar nicht in den Besitz des Vermögensvorteils komme.

Auch Raab[242]) verficht hier Straflosigkeit des p. a.; er geht dabei von dem Grundsatze aus, daß der Anstiftervorsatz derart sein müsse, daß seine Bestrafung gerechtfertig erscheine, also verbrecherisch, d. h. auf einen verbrecherischen Erfolg gerichtet. Da aber der a. p. die Aneignung des Diebesgutes durch den Täter nicht um der endgültigen Aneignung willen wolle, sondern nur um es dem Eigentümer wieder zuzustellen, und da er bei Münzfälschungen das Geld der zuständigen Behörde abliefern wolle, so trete eine endgültige Rechtsgutsverletzung überhaupt nicht ein.

Dieser Ansicht kann u. E. nicht beigetreten werden; denn das Gesetz rechtfertigt sie nicht. So erklärt denn auch die andere Richtung den a. p., wenn er auch nur eine formale Vollendung des Deliktes zustandekommen lassen will, für strafbar. Zutreffend bemerkt Martini,[243]) daß der Wille des Verbrechers grundsätzlich nicht auf ein außerhalb des objektiven Tatbestands liegendes Moment gerichtet zu sein braucht, sondern lediglich auf den objektiven Tatbestand. Daraus folge, daß grundsätzlich der a. p., auch wenn er nicht die Herbeiführung des Verbrechensübels wolle, strafbar sein müsse. Was das vom Gesetz in manchen Fällen beim Täter verlangte Mehr an Dolus anlange, z. B. die Absicht der Zueignung bei § 242 StGB., so brauche diese besondere Absicht beim Anstifter nicht vorzuliegen; nach § 48 müsse lediglich der Vorsatz des Anstifters dahin gehen, daß der Angestiftete das Delikt begehe. Dies sei aber auch bei Anstiftung zu formaler Vollendung des Delikts der Fall, und daher müsse in einem solchen Fall der a. p. als Anstifter bestraft werden.[244])

Hiezu ist weiter zu bemerken, daß in der Mehrzahl aller strafbaren Handlungen sich eine Trennung von formaler und materieller Vollendung gar nicht bewerkstelligen läßt. Auch der Gesichtspunkt des Nichteintrittes eines dauernden, endgültigen Schadens kann nicht zur Verteidigung der Straflosigkeit des a. p. in solchen Fällen herangezogen werden. Maßgebend kann vielmehr nur der aus dem Wortlaut zu entnehmende Sinn des Gesetzes sein. Dieser aber läßt hier keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, d. h. eine Befreiung von der an sich verwirkten Strafbarkeit, erkennen. Auch die Begründung zum E. 1927, die ausdrücklich erklärt, daß der a. p. dann nicht strafbar ist, wenn er lediglich einen Versuch des Verbrechens will, erwähnt an keiner Stelle, daß der a. p. bei Anstiftung

---

[242]) Raab S. 72 ff; 74 ff.
[243]) Martini S. 41—43, 44.
[244]) Vgl. auch Heilborn S. 188; Ibach S. 74, s. Kosterlitz S. 23.
[245]) Begr. S. 28.

zu nur formaler Vollendung von Strafe frei sein solle. Ebensowenig ist dieser Sinn aus dem Wortlaut des § 29 E. 27 zu entnehmen. Daher ist der a. p., wenn er nicht nur zu einem Versuche anstiftet, sondern es bis zu einer formalen Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes kommen lassen will, nach neuerem Rechte, ebenso wie nach dem geltenden, grundsätzlich strafbar und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er ja keine dauernde Rechtsgutsverletzung habe herbeiführen wollen. Diese Lösung der Frage ist nicht etwa eine Inkonsequenz gegenüber der Annahme der Straffreiheit bei Anstiftung zum Versuch, denn maßgebend ist nicht, ob der a. p. eine endgültige Schädigung herbeiführen will, sondern ob seine Handlungsweise sämtliche Erfordernisse des Anstiftungsbegriffes erfüllt. Von diesem Standpunkte aus ergibt sich die Straflosigkeit des a. p. bei Verleitung zum Versuch wegen Mangels des Vorsatzes und seine Strafbarkeit bei Anstiftung zu formaler Vollendung, da im letzteren Falle sämtliche Merkmale einer nach § 48 RStGB. bezw. § 29 E. 27 strafbaren Anstiftung gegeben sind.

Daß eine Sonderbehandlung des a. p. in den hier erörterten Fällen nicht angebracht ist, führt auch Katzenstein [246]) mit Recht aus, der bemerkt, daß ein innerer Grund hiefür schwerlich beizubringen ist und daß der Gedanke dieser besonderen Behandlung durch Vermengung österreichischer strafrechtlicher Gedanken mit der deutschen Wissenschaft hervorgerufen wurde.

3. Anstiftung zu generellem Gefährdungsdelikt.

§ 11.

Hinsichtlich der Behandlung der generellen Gefährdungsdelikte, auch einfache Delikte genannt, können wir uns kurz fassen. Hier ist sowohl nach geltendem Rechte, wie nach den Entwürfen Strafbarkeit des a. p. gegeben. Die Schriftsteller, welche diese Anschauung vertreten, kommen auf verschiedenen Wegen zu diesem Ergebnis. So bemerkt Singewald,[247]), daß, wenn der Erfolg des einfachen Delikts ein Zustand sei, der regelmäßig, aber durchaus nicht notwendig in concreto der Rechtswelt gefährlich sei, das Wollen einer Gefährdung derselben nicht zum Wollen des Deliktes gehöre und daher strafbare Anstiftung vorliege.

Raab [248]) und Martini [249]) führen gleichfalls aus, daß das Gesetz hier generell die Gefährlichkeit strafe und daß der sub-

[246]) Katzenstein S. 420 ff.
[247]) Singewald S. 106, 107.
[248]) Raab S. 76.
[249]) Martini S. 44, 45.

jektive Tatbestand sich nicht auf eine konkrete Gefährdung zu beziehen brauche. Somit sei der a. p. hier als Anstifter strafbar.

Diese Begründungen sind zu billigen; denn das Gesetz räumt bei den generellen Gefährdungsdelikten dem Willen des Täters und ebenso des Anstifters eine konkrete Gefahr zu vermeiden, keinen Einfluß ein. Wenn daher der a. p. zu einer derartigen Tat mit Erfolg verleitet, so ist er als Anstifter nach geltendem Recht und nach den Entwürfen zu bestrafen.

Bemerkt sei noch, daß im Strafverfahren sich hier, wie bei Anstiftung zu formaler Vollendung, erhebliche Beweisschwierigkeiten ergeben können, wenn man dem Vorbringen des Anstifters, er habe den endgültigen Erfolg bezw. eine wirkliche Gefährdung gar nicht gewollt, Bedeutung zumessen wollte.

4. Die strafbaren Aufforderungen.

§ 12.

Eingehender haben wir uns mit der Frage zu beschäftigen, wie es sich mit der Strafbarkeit des a. p. unter dem Gesichtspunkt der delikta sui generis verhält. Im geltenden Rechte kommen als Aufforderungsdelikte in Betracht die §§ 49 a, 49 b, 85, 111 RStGB. sowie § 10 Spr. St. Ges. v. 9. 6. 1884, welche sämtliche von einem „Auffordern" sprechen. Auffordern ist „eine Erklärung des Inhalts, daß ihr Adressat ein bestimmtes Verhalten einschlagen solle."[250]) Rein äußerlich betrachtet, stellt die Tätigkeit des a. p., der ja an einen anderen eine derartige Erklärung richtet, sich als Aufforderung dar.[251]) Zum Begriffe des Aufforderns gehört aber — und das ist die h. M. — noch ein weiteres Moment, nämlich ihre Ernstlichkeit.[252]) Strittig ist nun aber, ob diese darin bestehen müsse, daß der Verleitete die Ausführung der Tat ernstlich wolle, oder darin, daß der zu Verleitende die Aufforderung für ernstgemeint halte.

Singewald sagt,[253]) daß diese Aufforderungen vom Gesetzgeber wegen ihrer häufigen Gefährlichkeit unter Strafe gestellt seien. Sie müßten daher unverboten sein, „soweit sie nie gefährlich sein können." Gefährlichkeit liege dann vor, wenn die Aufforderung als eine ernstliche aufgefaßt werden könne.

---

[250]) So Frank § 110, II.

[251]) Darüber, daß die von Hälschner I S. 407 geforderte Einschränkung des Begriffes nicht angebracht ist, siehe Katzenstein S. 433—435.

[252]) Vgl. Frank § 48, I 1, sowie die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung.

[253]) Singewald S. 107, 109, 110.

Hiemit wird — im Anschlusse an Binding [254]) — die Strafbarkeit davon abhängig gemacht, ob der Anzustiftende die Aufforderung für ernstgemeint halten durfte, ohne Rücksicht auf den Willen des Auffordernden. Folglich kommt Singewald zu dem Ergebnis, [255]) daß der a. p., der sich nur zum Scheine zu einer strafbaren Handlung erbiete, straflos sei, weil hier keine Gefahr eintrete; daß er dagegen, wenn er einen anderen zur Begehung des Deliktes auffordere, und dieser die Aufforderung als ernstgemeint auffassen konnte, strafbar sei, auch wenn er selbst die Ausführung der Tat nicht wolle. [256])

Lobe in Eb.[257]) hält gleichfalls zur Strafbarkeit des a. p. genügend „das Bewußtsein, daß sein erklärtes Verlangen als ein ernstliches von demjenigen, der die Aufforderung wahrnimmt, aufgefaßt werden kann und diese Auffassung als Erfolg der Erklärung gewollt wird." Nicht ganz im Einklange hiemit dürfte jedoch die sodann im Anschlusse an RGStr. 57 S. 171 gebrauchte Aeußerung [258]) stehen, daß der Auffordernde dann nicht strafbar sei, wenn für ihn „die Gewißheit besteht, daß der Aufgeforderte die Tat nicht ausführen könne oder wolle"; denn wenn wirklich der Vorsatz des Auffordernden nur darauf zu gehen braucht, daß der andere die Aufforderung als eine ernstliche auffaßt, dann kann die Tatsache, daß die Tat, wie dem Auffordernden bekannt, später nicht ausführbar sein wird, auf die Strafbarkeit des mit der Erklärung an den andern schon vollendeten Delikts aus § 49 a StGB. keinen Einfluß mehr haben.

Von seinem Standpunkte aus folgerichtig verlangt Lobe auch bei dem Sicherbieten lediglich, daß nach außen hin die Erklärung zum Inhalt ein anscheinend ernstliches Erbieten hat; [259]) der verschwiegene Wille das Verbrechen nicht auszuführen, könne nichts nützen.

Deubert [260]) erachtet die Fälle des nicht ernstlichen Sicherbietens und seiner Annahme als nicht strafbar; die Annahme eines nicht ernstlichen Erbietens sei um deswillen straflos, weil es „wenn auch moralisch verwerflich, so doch nicht gefährlich" sei. [261]) Dagegen verlangt er zur Strafbarkeit des Aufforderns und seiner Annahme nur, daß dieses als ernstlich aufgefaßt werden konnte; denn wenn man dem Willen des Auffordernden, die Tat solle nicht begangen werden, Einfluß

[254]) Binding, Lehrb. II S. 862.
[255]) Singewald S. 113, 116.
[256]) Singewald 117.
[257]) S. Lobe in Eb. § 49 a, 4 a.
[258]) S. Lobe in Eb. ebenda.
[259]) S. Lobe in Eb. § 49 a, 6.
[260]) Deubert S. 27, 28.
[261]) Deubert S. 29; RG. E. 1 S. 338.

einräume, so würde man in Wahrheit einer reservatio mentalis Wirksamkeit beilegen.“ [262])

Auch Raab [263]) kommt zur Bejahung der Strafbarkeit einer nach außen hin als ernstlich erscheinenden Aufforderung und ihrer Annahme; er folgt dabei Singewald [264]) und Deubert; [265]) im übrigen läßt er Straffreiheit eintreten.

Diesen Schriftstellern gegenüber verlangt die h. M. [266]) — u. E. mit Recht — auch für die Aufforderung nach § 49 a RStGB. vollen Anstifterdolus, also den Willen, daß die Tat vollendet werde. Dies ergibt sich schon aus einem Vergleiche zwischen § 49 a und § 111 RStGB.; letztere Bestimmung ist auch für jene Fälle anwendbar, in denen dem Auffordernden der Wille, daß die strafbare Handlung begangen werde, gefehlt hat, und Abs. II des § 111 RStGB. wäre insoweit überflüssig, als Aufforderung zu Verbrechen in Betracht kommt, wenn schon § 49 a keinen vollen Anstifterdolus verlangen würde. [267]) § 111 RStGB. wird ferner zutreffend von Katzenstein auch zur Widerlegung der Meinung herangezogen, daß die Aufforderung nach 49a, die der a. p. an den zu Verleitenden richte, stets eine Aufforderung zu einem strafbaren Versuche in sich schließe und daher der a. p. aus § 49a RStGB. bestraft werden könne. [268]) Es wäre auch wirklich ein widersinniges Ergebnis, wenn der a. p., falls der Verleitete einen strabaren Versuch begeht, straflos bleiben, wenn dieser dagegen nicht über straflose Vorbereitungshandlungen hinauskommt, aus § 49 a bestraft werden können sollte! Somit ergibt sich, daß der a. p., der nicht als Anstifter bestraft werden kann, auch nicht nach § 49 a RStGB. zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden kann.

Nicht unerwähnt bleiben darf die Beweisführung Heilborns hinsichtlich der Strafbarkeit des a. p. in den vorliegenden Fällen. [269]) Auch er erachtet den a. p., da dieser keine Vollendung der Tat will, nicht strafbar wegen Aufforderns nach § 49a RStGB.; denn es fehle ihm der Anstiftervorsatz [270]); die Tätigkeit des a. p. sei aber in einem solchen Falle nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Aufforderns zu betrachten, sondern auch unter dem der Anstiftung zur Einwilligung in die Aufforderung, also der Anstiftung zu einer unter § 49a RStGB. fal-

---

[262]) Deubert S. 30.
[263]) Raab S. 78 ff., 80—82; s. ferner Kosterlitz a. a. O. S. 25.
[264]) Singewald S. 11.
[265]) Deubert S. 30.
[266]) Frank § 49 a, I 1, Allfeld S. 228; Olshausen § 49 a Note 6; Katzenstein S. 436 ff.
[267]) Vgl. Frank § 111, I.
[268]) Katzenstein S. 436, 437.
[269]) Heilborn S. 106 ff.
[270]) Heilborn S. 108, 109.

lenden Annahme der Aufforderung. Da die ernstliche Annahme einer Aufforderung — auch wenn letztere nicht ernst gemeint sei — nach § 49a strafbar sei, so unterliege der a. p. als Anstifter zur Annahme der Aufforderung der gleichen Strafe wie der Verleitete. Diese Beweisführung ist zwar juristisch sehr feinsinnig, aber sie dürfte doch dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen; vielmehr darf u. E. der einheitliche Akt der Aufforderung nicht künstlich in eine Aufforderung und eine Anstiftung zur Annahme der Aufforderung zerlegt werden. Auf das Unbefriedigende der Heilbornschen Lösung weist auch Martini mit guten Gründen hin.[271])

Es darf sohin die h. M. als dem Sinne des geltenden Gesetzes entsprechend erachtet werden.[272])

Was hier zu § 49a StGB. ausgeführt ist, gilt sinngemäß auch für § 49b StGB.; auch dort nimmt die h. M. an, daß die Teilnehmer an einer Verabredung, um strafbar zu sein, ernstlich die Tat wollen müssen, und daß folglich auch dort der a. p. straffrei bleibt.

Was die Entwürfe zu einem neuen StGB. anlangt, so hat § 132 des V.E. die Bestimmung über die strafbare Aufforderung im Sinne des § 49a RStGB. aus dem Allgemeinen Teil herausgenommen und in den besonderen Teil verwiesen. Diese Stellung ist auch noch in den neuen Entwürfen von 1925 und 1927 beibehalten.

Im folgenden sei nun versucht zu prüfen, welchen Einfluß für die Beantwortung unserer Frage im zukünftigen Rechte Inhalt und Stellung der einschlägigen Normen haben dürften.

Inhaltlich ist, soweit hier von Belang, zu bemerken, daß nach § 132 V.E. die Strafbarkeit entfällt, wenn der Täter die Aufforderung, das Erbieten oder die Annahme freiwillig zurücknimmt. Eine Lösung der Frage, welcher Art die Ernstlichkeit der Aufforderung sein muß, ist damit nicht gegeben; wie Raab ausführt,[273]) wollte der Entwurf durch die Weglassung des Erfordernisses der Schriftlichkeit nicht das Moment der Ernstlichkeit, das wir gerade aus diesen Kriterien des § 49a StGB. entnehmen, fallen lassen, sondern nach der Denkschrift wurde diese ausdrückliche Einschränkung des § 49a StGB. als überflüssig erachtet, „da der Ausschluß nicht ernstgemeinter Aeußerungen sich aus allgemeinen Grundsätzen ergibt (zu § 231 S. 178)."

Der Entw. 25 bestimmt in § 182:

„Wer einen andern zu einem Verbrechen zu verleiten sucht oder sich auf das Ansinnen eines anderen zu einem Verbrechen bereit erklärt, wird mit Gefängnis bestraft."

---

[271]) Martini S. 48 ff.
[272]) S. auch RG. E. 1 S. 338; E. 36 S. 228, 44 S. 172.
[273]) Raab S. 96, 97 Anm. 2.

Ebenso wird bestraft, wer sich zu einem Verbrechen erbietet oder ein solches Erbieten annimmt." Den bisherigen § 49b StGB. erweitert und kleidet der E. 25 im § 183 in die Fassung:

„Wer mit einem anderen ein Verbrechen verabredet, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer sich mit einem anderen zu fortgesetzter Begehung von Verbrechen verbindet, die im einzelnen noch nicht bestimmt sind.

Nach diesen Vorschriften wid nicht bestraft, wer aus freien Stücken seine Tätigkeit aufgibt und den beabsichtigten Erfolg abwendet. § 42 Abs. II gilt entsprechend."

Der Entv. 1927 bestimmt in § 196:

„Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten sucht oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen annimmt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer sich zu einem Verbrechen erbietet oder sich auf das Ansinnen eines anderen zu einem Verbrechen bereit erklärt.

Wer jemand zu einem Verbrechen zu verleiten gesucht oder das Erbieten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken das Verbrechen verhindert. § 27 Abs. 3 gilt entsprechend.

Wer sich zu einem Verbrechen erboten oder bereit erklärt hat, wird straffrei, wenn er aus freien Stücken seine Erklärung widerruft."

Hieraus ergibt sich sofort, daß der a. p., wenn er seinem Vorhaben entsprechend den Eintritt des Verbrechens verhindert, straffrei wird. Doch taucht die Frage auf, ob unter Verhinderung des Verbrechens die Verhinderung jedes strafbaren Unternehmens überhaupt, also auch des Versuchs der Tat, zu verstehen ist, oder ob damit die Verhinderung des die Tat krönenden Erfolges, der Vollendung, gemeint ist. Im ersteren Falle wäre der a. p., der ja den Verleiteten zu einem strafbaren Versuch der Tat gelangen lassen will,[274]) dann strafbar, wenn man unter „Ernstlichkeit" seiner Aufforderung lediglich den Willen versteht, daß der andere die Aufforderung für ernst halten solle. Im letzteren Falle wäre der a. p. überhaupt straflos, wenn er nur den Eintritt des Erfolges verhindert. Wir möchten uns für die letztere Auffassung entscheiden, da es dem Gesetzgeber vor allem um die Verhinderung des Erfolges der Tat zu tun ist. Beim Versuch will der Gesetzgeber

[274]) Die Fälle des Verleitens zu formaler Vollendung und zu generellem Gefährdungsdelikt scheiden hier aus; denn nach den obigen Ausführungen liegt dann strafbare Anstiftung vor, der gegenüber § 196 E. 27 subsidiär ist.

die Gefährdung und den verbrecherischen Willen strafen. Der a. p. aber, der die Tat nicht zur Ausführung kommen läßt, hat diesen verbrecherischen Willen nicht und beweist dies durch die Abwendung der Gefahr; dafür erhält er vom Gesetzgeber, --- entsprechend den für den Rücktritt vom Versuch geltenden Grundsätzen — trotz des durch ihn geschaffenen vorübergehenden Gefahrzustandes, zur Belohnung Straffreiheit zugesichert.

Ja sogar wenn der Erfolg ohne Zutun des a. p. ausbleibt, ist dieser, wenn er sich nur ernstlich bemüht hat „die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden", nach § 196 Abs. III Satz 2 mit § 27 Abs. III E. 27 straffrei. Und gerade hieraus ergibt sich die Richtigkeit unserer oben vertretenen Auffassung, daß der a. p., der nur den Erfolg abwenden, aber einen strafbaren Versuch zustande kommen lassen will, nicht aus § 196 E. 27 bestraft werden kann; denn § 27 Abs. 3 spricht ausdrücklich von der „Ausführung", also Vollendung der Tat, und vom „Erfolg."[274a])

Was das Erbieten zu einem Verbrechen anlangt, so ist der a. p., der dies nur zum Scheine gegenüber einem anderen tut, nach Abs. 4 des § 196 jedenfalls dann straflos, wenn er seine Erklärung widerruft; denn dadurch wird ja das Verbrechen verhindert.

Nun bleibt aber gleichwohl noch die Frage zu prüfen, ob der a. p., der eine Aufforderung an einen anderen richtet, aber die Vollendung der Tat nicht will, dann strafbar ist, wenn er sich nachher um die Verhinderung des Erfolges nicht bemüht und dieser eintritt.

Die Begründung zum E. 27 sagt;[275]) daß „sich der Ausschluß nicht ernstgemeinter Aeußerungen schon aus allgemeinen Grundsätzen ergibt." Wir vermögen einen allgemeinen Grundsatz dieses Inhalts jedoch nicht anzuerkennen. Jedoch wäre aus dem Begriffe des Anstiftervorsatzes an sich abzuleiten, daß, wie bei § 49a des geltenden RStGB., der Auffordernde die Begehung der Tat, ihre Ausführung, wollen müsse und daß demnach der a. p., wie bisher, mangels dieses Vorsatzes straffrei wäre. Aber hier wird nun die Stellung der Bestimmung in der Nomenklatur der Entwürfe von Bedeutung. Und gerade dadurch hat der Gesetzgeber, anscheinend gegen seinen Willen, erreicht, daß der a. p. nach § 196 strafbar ist, soweit nicht aufgrund Abs.3 und 4 Straffreiheit eintritt. Denn durch die Herausnahme aus dem Allgemeinen Teil und Einreihung in den Besonderen Teil des StGB. ist die Strafbestimmung ihrer Natur als bloße Erscheinungsform des Verbrechens

[274a]) Die Begr. S. 28 allerdings erachtet auch den Versuch als „Ausführung".

[275]) Begr. S. 101.

entkleidet worden und hat, ähnlich dem § 111 des geltenden StGB., selbständige Deliktsnatur angenommen. Und bei dieser ist auch die nicht ernst gemeinte Aufforderung und das nicht ernstgemeinte Anerbieten grundsätzlich — soweit nicht andere Schuld — bzw. Strafausschließungsgründe vorliegen — strafbar.[276]) Daraus folgt, daß der a. p., der zu einem Verbrechen auffordert, dann aus § 196 strafbar ist, wenn die Vollendung der strafbaren Handlung, entgegen seinem Willen, eintritt. Ob er nicht noch aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten, die möglicherweise zu einer Konsumtion der Strafbarkeit aus § 196 führen, nach den Entwürfen bestraft werden kann, nämlich dann, wenn er sich um die Abwendung des Erfolges nicht bemüht, soll unten geprüft werden.

Was die übrigen Aufforderungsdelikte anlangt, so scheiden §§ 85 und 111 des geltenden RStGB. sowie § 10 Spr. St.Ges. aus unserer Betrachtung um deswillen aus, weil hier Oeffentlichkeit der Aufforderung verlangt ist, ein a. p. aber sich nicht an eine unbestimmte Menge wenden wird; denn er könnte die Folgen seiner Tat gar nicht absehen und überdies zielt seine Tätigkeit darauf ab eine bestimmte Person in seine Netze zu locken, sehr häufig eine Person, die im Verdachte der Geneigtheit zu Strafttaten der ihr nun zugemuteten Art steht. Sollte ein a. p. sich zu derartigen öffentlichen Aufforderungen hinreißen lassen, dann muß er auch die dafür angedrohte Strafe auf sich nehmen; denn hier ist Ernstlichkeit der Aufforderung in dem Sinne, daß Begehung der Tat gewollt sei, nicht nötig.[277]) Was hier für §§ 85 und 111 RStGB. ausgeführt ist, gilt entsprechend auch für § 87 (öff. Aufforderungen zum Hochverrat), § 171 (öffentliche Aufforderung zu strafbaren Handlungen) und § 249 (öffentliche Aufforderung zur Tötung) des Entwurfes 1927.

Neu, oder richtiger wiederstanden, ist die Bestimmung über Komplott, d. h. die Vereinigung mehrerer zur Verübung bestimmter Verbrechen oder eines bestimmten Verbrechens, in § 197 Entw. 27 und über Bande, d. h. Vereinigung mehrerer zur Verübung noch unbestimmter Verbrechen, in § 198 Entw. 27. Auch hier ist Ernstlichkeit der Verabredung, in dem Sinne, daß Begehung von Straftaten gewollt werden müsse, aus den gleichen Gründen wie bei § 196 nicht nötig.[278]) Straffreiheit tritt bei Komplott lediglich durch freiwillige Aufgabe der verbrecherischen Tätigkeit in Verbindung mit Verhinderung des

[276]) Vgl. Vorschläge S. 26: „Die Frage nach der systematischen Stellung dieser Bestimmungen betrifft nicht eine bloße Aeußerlichkeit, sondern einen Punkt von unmittelbarer praktischer Bedeutung. Namentlich hängt es von ihr ab, ob zur Strafbarkeit der Aufforderung und des Erbietens die Ernstlichkeit gehört oder nicht."

[277]) Vgl. Frank § 111, I, § 85, I.

[278]) Radbruch in Aschrott a. a. O. S. 308; auch Frank § 49 a, I 1.

Verbrechens oder durch ernstliches Bemühen und Nichteintreten der Vollendung ein.

Bei der Bande ist Straffreiheit nur dann vorgesehen, wenn der Teilnehmer von der Verabredung zurücktritt, und zwar „bevor eine Tat der geplanten Art begangen oder versucht worden ist.“ [279]) Während bei § 196 und § 197 der a. p. auch dann nicht nur nicht als Anstifter, sondern auch nicht aus §§ 196 und 197 bestraft werden kann, wenn er die Ausführung, d. h. den Erfolg, des Verbrechens verhindert, ist er nach § 198, wenn er es zu einem strafbaren Versuch kommen lassen will, zwar nicht als Anstifter, wohl aber als Teilnehmer an der Bande strafbar, falls ein strafbarer Versuch begangen wird. Dies folgt daraus, daß bei § 198 E. 27 Tätervorsatz nicht erforderlich und hier ausdrücklich Rücktritt vor dem Stadium des Versuchs zur Straffreiheit nötig ist.

Auch bei den übrigen Vorbereitungs- und Verabredungsbestimmungen des E. 27 ist, da sie im Besonderen Teile stehen, z. B. § 250 (Verleitung zur Tötung), § 251 (Verabredung einer Tötung), nicht nötig, daß der Verleitende oder Teilnehmer an einer Verabredung die Ausführung der Tat will. Auch hier ist also der a. p., falls nicht die Tat verhindert wird und er sich unter Aufgabe seiner Tätigkeit darum bemüht, grundsätzlich strafbar.

Nun wird man uns aber vielleicht entgegenhalten, daß nach unseren Ausführungen der a. p., der wegen Versuchs des Delikts nach E. 27 straflos ist, wegen bloßer Aufforderung strafbar wäre, ein Ergebnis, das wir oben bei Besprechung des geltenden Rechtes als widersinnig bezeichnet haben. Hierauf haben wir zu entgegnen, daß eine Behauptung dieser allgemeinen Art nicht dem Sinn unserer Darlegungen entspräche. Denn wir haben ausgeführt, daß der a. p. bei Anstiftung zum Versuche straflos ist und daß er bei Aufforderung nach § 196 E. 27 dann strafbar ist, wenn die Vollendung der Tat eintritt, sei es, weil er sich um ihre Verhinderung nicht kümmert oder weil ihm diese nicht gelingt, daß er aber im übrigen straffrei ist, ja beim Sicherbieten lediglich seine Erklärung zu widerrufen braucht. Dieses Ergebnis dünkt uns nicht unbillig; denn es wird dadurch der a. p. genötigt der Vollendung der Tat nach Kräften entgegenzuarbeiten. Tut er dies nicht, so scheint uns seine Bestrafung aus §§ 196 E. 27, soweit nicht strengere Haftung eintritt, durchaus gerechtfertigt. Gelingt ihm die Verhinderung trotz ernstlichen Bemühens nicht, so hat er die Verantwortung für sein Tun zu tragen; dem Grade seiner Schuld einerseits und seinen Bemühungen andererseits entsprechend kann dann immer noch die Strafe nach §§ 73—76 E. 27 gemindert und in bestimmten Fällen ganz erlassen werden.

---

[279]) E. 27 § 198 Abs. II.

5. Unterlassung der Verbrechensanzeige.

§ 13.

Nach § 139 des geltenden RStGB. ist wegen Unterlassung der Anzeige zu bestrafen, wer trotz glaubhafter Kenntnis von dem Vorhaben gewisser besonders schwerer Delikte zu einer Zeit, zu der ihre Verhinderung noch möglich ist, es unterläßt hievon der Behörde oder der bedrohten Person rechtzeitig Anzeige zu machen, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist. § 199 des Entw. 1927 dehnt diese Bestimmung auf sämtliche Verbrechen aus und erweitert dadurch den Kreis der anzeigepflichtigen Delikte, die schon in der Reichratsvorlage vermehrt worden waren, gegenüber dem geltenden Rechte in bedeutendem Umfange. Auch ist, worauf die Begründung hinweist,[280]) die Strafbarkeit des Anzeigepflichtigen nur mehr von dem Vorliegen einer objektiv strafbaren Handlung abhängig; eine Strafbarkeit des Täters ist nicht mehr erforderlich.

Gegenüber der Streitfrage, ob nur vorsätzliche oder auch fahrlässige Unterlassung der Anzeige strafbar macht, hat der E. 27 ausdrücklich auch die Strafbarkeit einer lediglich fahrlässigen Unterlassung festgestellt.[281])

Somit ist die Möglichkeit einer Bestrafung auch in dieser Richtung stark erweitert und es rechtfertigt sich daher die Prüfung der Frage, ob der a. p., der ja häufig zu einem Verbrechensversuche verleitet, aus § 199 strafbar ist, wenn er von der geplanten Tat keine Anzeige macht. Nach dem Wortlaute des § 199 Abs. I und II möchte man diese Frage ohne weiteres bejahen; fraglich kann nur sein, ob nicht Abs. VI einen Anhaltspunkt für ihre Verneinung bietet. Hiernach ist straffrei, „wer das Verbrechen oder wenn es zu der Zeit, zu der er die Kenntnis erlangt, schon ausgeführt worden war, den Erfolg auf andere Weise als durch Anzeige abwendet." Zwar paßt diese Bestimmung nicht wörtlich auf den a. p.; denn einerseits verhindert er nicht überhaupt jedes strafbare Tun, und andererseits ist das Verbrechen zu der Zeit, zu welcher er Kenntnis davon erlangt, d. h. also im Moment seiner Aufforderung an den anderen, noch nicht ausgeführt, sondern der a. p. ist es ja gerade, der die Ausführung veranlassen will. Nun könnte man vielleicht gleichwohl sinngemäß den Abs. VI des § 199 auf den a. p. anwenden wollen, weil dieser ja von vorneherein den Eintritt des Verbrechens vereiteln will. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigepflichtet werden; denn abgesehen davon, daß selbst bei dieser Auffassung der a. p. nur dann straflos wäre, wenn wirklich der Eintritt des Erfolges

[280]) Begr. S. 102.
[281]) § 199 Abs. II.

von ihm verhindert würde, nicht aber dann, wenn der Erfolg trotz seines entgegengesetzten Willens und seiner Bemühungen gleichwohl eintritt, ist eine derartige Auslegung um deswillen nicht begründet, weil das Gesetz ausdrücklich die Strafbefreiungsgründe aufzählt, die ohne zwingenden Grund nicht erweitert und analog angewendet werden dürfen. Und auch der Zweck der Strafbestimmung spricht für die Anzeigepflicht des a. p.: Die Anzeige wird gefordert, weil der Staat jedes Verbrechen im Keime ersticken und jede Gefährdung von Rechtsgütern verhindern will. Wenn jemand von einem geplanten Verbrechen Kenntnis hat, dieses dann ausführen läßt und lediglich den Erfolg abwendet, so ist er strafbar, obwohl der Erfolg nicht eingetreten ist, schon wegen der mit der Ausführungstätigkeit verbundenen Gefährdung der Rechtswelt und wegen der Möglichkeit des Erfolgseintrittes, trotz seiner Abwehrbemühungen. Diese Gefahr beschwört auch der a. p. herauf, der einen anderen zu einem Verbrechen verleitet; daher ist er auch verpflichtet dem Bedrohten oder der Behörde von dem geplanten Verbrechen Mitteilung zu machen. Auf diese Weise wird verschiedenes erreicht, nämlich:

1. es kann die Behörde selbst sogleich einschreiten, wenn es ihr nötig erscheint und so auch einen bloßen Versuch der Tat verhindern; der Bedrohte kann selbst wirkungsvolle Gegenmaßregeln zu seinem Schutze treffen;

2. es ist dadurch der Gefahr vorgebeugt, daß der a. p., sei es aus Mangel an verfügbaren Kräften, Hilfsmitteln oder Zeit, nicht imstande, oder auch daß er nicht mehr willens ist, die Tat zu verhindern, und daß sodann das Verbrechen wider oder mit Willen des a. p. vollendet wird;

3. es kann sich ein Angeklagter bei Verbrechen nachträglich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe den Täter nicht anstiften, sondern nur als a. p. verleiten und den Erfolg abwenden wollen. Damit ist eine Beweisfrage, die, wenn sie einmal geprüft werden muß, nicht leicht zu entscheiden ist, von vorneherein klargestellt.

Unterläßt der a. p. die Anzeige vorsätzlich oder fahrlässig, dann muß er auch die Strafe aus § 199 Abs. I oder II E. 27 auf sich nehmen, falls er nicht noch weiter als Teilnehmer haftet. Soweit er seinem Vorsatze gemäß die Vollendung der Tat verhindert, ist er dagegen mangels Anstiftervorsatzes nicht Teilnehmer und wird infolgedessen seine Strafbarkeit aus § 199 E. 27 nicht etwa durch Bestrafung wegen Teilnahme konsumiert.[282])

Vorstehendes Ergebnis scheint uns eine sinngemäße und den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprechende Auslegung des Gesetzes darzustellen.

---

[282]) Vgl. Frank § 49 a, II 2.

6. Mittelbare Täterschaft und Beihilfe.

§ 14.

Schließlich bleibt uns noch zu prüfen, ob der a. p., soweit er nach dem oben Ausgeführten nicht strafbar ist, etwa unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Täterschaft oder der Beihilfe zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden kann.

Mittelbare Täterschaft kommt nur dann in Frage, wenn der physische Täter nicht mit dem erforderlichen Dolus gehandelt hat.[283]) Daraus ergibt sich, daß praktisch derartige Fälle wohl nur äußerst selten eintreten werden, da der a. p., dem es ja darum zu tun ist, einen strafrechtlich verantwortlichen Täter zu finden, vorher sich darüber vergewissern wird, ob der zu Verleitende physisch und vor allem psychisch frei handeln wird. Auch Anstiftung zu einem fahrlässigen Delikt scheidet aus dem gleichen Grunde aus, da ja das Vorgehen des a. p. darauf abzielt, den Täter der Strafe auszuliefern. Was die Verleitung zur Vollendung eines Formaldelikts anlangt, so wird auch diese für die große Mehrzahl aller Fälle praktisch ausscheiden. Wenn aber der a. p. dazu verleitet, dann ist er auch als Anstifter zu dem begangenen vollendeten Delikte strafbar, ohne Rücksicht auf seine Motive.[284])

Nach den Entwürfen bleibt die Strafbarkeit der Anstiftung zum vollendeten Formaldelikt; die mittelbare Täterschaft wird, entsprechend der ablehnenden Einstellung der Entwürfe gegenüber diesem Begriffe, nur ganz selten mehr auftauchen;[285]) in der Regel wird der a. p. in den Fällen, in welchen der Verleitete nicht strafbar ist, objektiv aber der Tatbestand einer strafbaren Handlung vorliegt, nicht als mittelbarer Täter, sondern als Anstifter zu bestrafen sein, vorausgesetzt, daß er die Vollendung der Haupttat[286]) oder, was naheliegender wäre, eines in dem Versuch der Haupttat enthaltenen vollendeten anderen Delikts, wollte. Rechnete er nur auf den Eintritt eines Versuchs, so scheidet seine Strafbarkeit im Rahmen der oben gezogenen Grenzen ohne weiteres aus.

Kann der a. p. als Gehilfe bestraft werden? Seine Tätigkeit kann zweifellos unter Umständen objektiv Beihilfe darstellen, nämlich dann, wenn durch sie die Tat des anderen gefördert wird, sei es physisch oder psychisch, also z. B. durch

---

[283]) S. Katzenstein S. 431.
[284]) Vgl. Katzenstein S. 431, 432.
[285]) Vgl. Wegner in Aschrott a. a. O. S. 110 ff., 112 ff.
[286]) In welchem Falle er aber eben nicht mehr a. p. wäre und die typische a. p.-Tätigkeit überschritte.

Namhaftmachung eines geeigneten Mittels, einer günstigen Gelegenheit, oder durch Verstärkung eines unzulänglichen Entschlusses.[287]) Ob der a. p. als Gehilfe bestraft werden kann, ist jedoch nicht zweifelsfrei; denn wenn auch festgestellt wird, daß seine Tätigkeit die Begehung der strafbaren Handlung in Richtung auf den Erfolg objektiv unterstützte, so muß noch die innere Seite der a. p.-Tätigkeit, also die Richtung und der Umfang seines Vorsatzes geprüft werden. Und hier muß u. E., ebenso wie bei der Anstiftung, der Vorsatz des Gehilfen sich auf die Vollendung der Tat beziehen, d. h. er muß ihre Vollendung „wollen". Wenn der Gehilfe bestimmt darauf rechnet, daß der Erfolg der Tat nicht eintreten, ihre Vollendung verhindert werde, dann hat er keinen Gehilfendolus. Daher ist der a. p., der nur einen Versuch der Haupttat eintreten lassen will und die Vollendung mißbilligt, auch nicht als Gehilfe strafbar.[288]) Wenn dagegen der a. p., sei es auch nur eventuell,[289]) mit der Vollendung der geplanten Tat einverstanden ist, so ist er nach den Vorschriften über die Beihilfe zu bestrafen.

Hieran hat sich auch durch die Entwürfe nichts geändert; doch ist zu beachten, daß nunmehr auch zur Tat eines Unzurechnungsfähigen Beihilfe geleistet werden kann.[290]) Dieser Fall scheidet allerdings bei einer a. p.-Tätigkeit schon infolge ihres Zweckes den Verleiteten der Strafe zuzuführen, wohl praktisch aus.

Nur im Vorübergehen sei endlich der aberratio ictus und des error in obiecto gedacht. Hier haftet auch nach den Entwürfen, entsprechend dem geltenden Rechte, der a. p., falls er überhaupt als Anstifter bezw. Gehilfe bestraft werden kann, nur soweit als sein Vorsatz reicht. Bezüglich der rechtlichen Konstruktion dieser Fälle bleiben hier die schon jetzt bestehenden bekannten Anschauungen weiterhin bestehen, da der E. 1925 von jeder Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit absieht,[291]) und der E. 1927 zwar eine Definition gibt, jedoch zu den wissenschaftlichen Streitfragen keine Stellung nimmt.[292])

---

[287]) Vgl. Ibach S. 90, auch Anm. 2—4 dortselbst.

[288]) Vgl. Frank § 49, II, Olshausen § 49 Note 13—15; RG., E. 15 S. 315; 16 S. 25; 17 S. 377; 32 S. 353; 52 S. 202; s. ferner Heilborn S. 101, Ibach S. 90.

[289]) Vgl. Reichsmilitärgericht E. Bd. 12 S. 288 ff,; 201, 292.

[290]) E. 27 § 31; Begr. S. 29.

[291]) Alsberg in Aschrott a. a. O. S. 55 hält diesen Standpunkt für richtig.

[292]) E. 27 §§ 17—19; Begr. S. 16—18.

7. Zusammenfassung.

§ 15.

Wir haben bei den bisherigen Untersuchungen grundsätzlich die Fälle betrachtet, in denen der a. p. den Erfolg der Haupttat nicht will und dieser auch tatsächlich nicht eintritt. Bevor wir dazu übergehen zu prüfen, ob und inwieweit der a. p. dann strafbar ist, wenn der verbrecherische Erfolg der strafbaren Handlung mit oder gegen seinen Willen eintritt, wollen wir das bisher gewonnene Ergebnis kurz zusammenfassen. Auf der Grundlage des E. 1927 ergibt sich:

1. Der a. p., der nur einen Versuch der Tat will, ist hiewegen nicht strafbar; bei einem sog. qualifizierten Versuch jedoch haftet er als Anstifter zu dem oder den in dem Hauptdelikt enthaltenen Delikten insoweit, als sein Vorsatz die Vollendung des oder der Delikte umfaßte.

2. Der a. p., der eine nur formale Vollendung der Tat will, ist als Anstifter nach allgemeinen Grundsätzen strafbar.

3. Ebenso ist der a. p., der zu einem generellen Gefährdungsdelikt (einfachen Delikt) verleitet, als Anstifter strafbar.

4. Soweit der a. p. nach 1.—3. nicht zur Rechenschaft gezogen werden kann, haftet er auch nicht nach § 196 E. 27, falls er zu einem Vergehen oder einer Uebertretung verleitet; ist das angesonnene Delikt ein Verbrechen, so ist er dann straffrei, wenn er dieses aus freien Stücken verhindert, oder wenn dieses infolge anderer Hindernisse nicht zur Ausführung gelangt, er aber sich um seine Verhinderung bemüht hat. Wenn er sich dagegen darum nicht kümmert, so haftet er aus § 196, soweit nicht — was unten noch näher zu prüfen ist — eine strengere Haftung eintritt, die dann den § 196 wieder konsumieren würde.

5. Bei Verabredung eines Komplotts haftet der a. p. als Teilnehmer nach § 197 E. 27; der Umstand, daß er die Vollendung der Tat nicht ernstlich will, ist ohne Einfluß. Er wird nur straffrei, wenn die Vollendung des Verbrechers entweder infolge seines Eingreifens unterbleibt oder aufgrund anderer Umstände nicht eintritt, er sich aber um ihre Verhinderung bemüht hat.

6. Bei scheinbarer Teilnahme an einer Bande haftet der a. p. gleichfalls ohne Rücksicht auf die ihm mangelnde Ernstlichkeit, und zwar nicht nur wenn ein Verbrechen oder eines der in § 198 E. 27 genannten Vergehen vollendet, sondern auch dann, wenn es lediglich versucht wurde. Straflos ist er nur dann, wenn er schon vor dem Versuche der Tat von der Verbindung zurücktritt.

7. Wenn der a. p. nach dem Vorangeführten nicht strafbar ist, so muß er, wenn er zu einem Verbrechen verleitet, dem

Bedrohten oder der Behörde von dem Vorhaben nach Maßgabe des § 199 E. 27 rechtzeitig Mitteilung machen und zwar bevor es zu einem Versuch der Tat kommt. Straffreiheit nach Abs. VI des § 199 kann ihm, da er ja einen strafbaren Versuch der Tat eintreten lassen will, nicht zu statten kommen. Soweit der a. p. möglicherweise durch vorsätzliche, und u. E. auch durch fahrlässige, Verletzung der Anzeigepflicht aufgrund § 22 E. 27 weiter haftet — siehe unten — wird durch die Strafe der Täterschaft nach § 22 die Strafe der Unterlassung der Anzeige konsumiert.[293])

E. Nichteingreifen und erfolgloses Eingreifen des agent provocateur.

1. Nachträgliches Einverständnis mit dem Erfolgseintritt.

§ 16.

Wir kommen nunmehr zur Untersuchung der Frage, ob und inwieweit der a. p. bestraft werden kann, wenn entgegen seinem ursprünglichen Willen die Vollendung des Verbrechens eintritt. Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Vollendung des Deliktes kommt trotz der Bemühungen des a. p., sie zu verhindern, zustande.

2. Die Vollendung des Deliktes tritt ein, weil der a. p., nachdem er zum Versuche der Tat angestiftet hat, sich nachträglich nicht mehr weiter um den Verlauf der Ereignisse kümmert.

3. Die Vollendung des Deliktes tritt ein, weil der a. p. nachträglich seine bisherige Absicht aufgibt und mit der Ausführung der Tat einverstanden ist.

Zugleich wird zu untersuchen sein, wie es in diesen Fällen mit der Haftung des a. p. steht, wenn nur ein Versuch der Tat zustande kommt.[294])

Mit dem letzten der drei genannten Fälle wollen wir uns zunächst beschäftigen. Daß hier der a. p. nicht straflos ausgehen kann, sagt uns schon das sittliche Gefühl. Hierauf weist auch Heilborn hin, indem er sagt: „Niemand wird den Agent provocateur in diesem Falle für straflos halten."[295]) Er sind hier, wie auch Heilborn[296]) ausführt, die §§ 139 und 361 Ziff. 9 StGB. — also § 199 Entw. 27; eine dem § 361

[293]) Vgl. auch Begr. zu § 199 S. 103; E. 1927.
[294]) Vgl. hiezu die eingehenden Ausführungen bei Landsberg a. a. O. S. 162 ff.
[295]) Heilborn S. 97.
[296]) Heilborn ebenda.

Ziff. 9 StGB. entsprechende Bestimmung fehlt im E. 27 — nicht anwendbar, da sie sich überhaupt nicht auf Teilnehmer beziehen, und da der a. p. zu einem Delikt anstiften kann, das nicht in jenen §§ genannt, bezw. im Entw. 27 zu einer Tat, die kein Verbrechen ist. Auch die Ansicht, daß dann fahrlässige Herbeiführung des Erfolges vorliege, wird zutreffend als unmöglich bezeichnet;[297]) denn der a. p., der nachträglich den Erfolg will, handelt nicht fahrlässig, sondern sehr zielbewußt, also vorsätzlich; übrigens ist, wie Heilborn bemerkt,[298]) zur Strafbarkeit der meisten Delikte Vorsatz erforderlich.[299])

Beihilfe scheidet aus, da es dem a. p. an dem Gehilfendolus mangelt und da er mehr getan hat als ein Gehilfe.[300]) Es fragt sich nun, ob dann etwa Anstiftung oder Täterschaft angenommen werden kann. Heilborn[301]) kommt zur Verneinung der Anstiftung, indem er zutreffend ausführt, daß ein dolus subsequens nicht berücksichtigt werden darf und daher die nachtägliche Sinnesänderung des a. p. keine Rückwirkung auf die schon begangene Verleitung ausüben kann. Der dolus subsequens als nachträgliche Billigung des unvorsätzlich verursachten Erfolges ist überhaupt kein Vorsatz mehr.[302])

Somit bleibt noch die Annahme einer Täterschaft. Heilborn[303]) verneint diese, weil dem a. p., von der Anstiftung abgesehen, eine eigentliche Begehung, ein Tun, nicht zur Last falle, und Täterschaft durch reines Unterlassungsdelikt begrifflich und durch § 139 RStGB. ausgeschlossen sei. Somit könne nur ein unechtes Unterlassungsdelikt in Frage kommen. Es wären sodann zwei Täter vorhanden, wobei die Frage offen stehe, ob dann Mittäterschaft oder Nebentäterschaft vorliege. Außerdem müsse dann jeder Anstifter als Urheber eines unechten Unterlassungsdelikts, folglich nie als Anstifter bestraft werden.

Hiezu ist zu bemerken: Im Strafrechte ist die Verursachung durch Unterlassung grundsätzlich anerkannt. Wenn auch der Gesetzgeber die Unterlassungen überall ausgeschieden hat, so hat er ihre Ursächlichkeit für einen Erfolg damit nicht bestreiten wollen, vielmehr hat er, wie Otto Clemens[304]) bemerkt, „die Frage, unter welchen Voraussetzungen .... die Unterlassungen strafbar sind, ... mit Stillschweigen übergangen, sie also der Wissenschaft und der Praxis überlassen.“ In der

[297]) Heilborn ebenda.
[298]) Heilborn ebenda.
[299]) S. Frank § 59, X; E. 1928 § 16 Abs. III.
[300]) Heilborn S. 98.
[301]) Heilborn S. 98, 99.
[302]) S. E b. Einl. S. 62 und die dort zitierte Literatur,.
[303]) Heilborn S. 98, 99.
[304]) Otto Clemens a. a. O. S. 47.

Wissenschaft haben sich hiezu mannigfaltige Theorien herausgebildet,[305]) von denen wohl am zutreffendsten jene ist, daß, soweit nicht eine Pflicht zum Handeln im Gesetze ausdrücklich normiert ist,[306]) eine schuldhafte Verursachung durch Unterlassung nur dann vorliege, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestehe, während eine bloß sittliche Pflicht nicht genüge.[307]) In diesen Fällen liegt dann „kein bloßes Nichtstun, überhaupt kein bloßes Unterlassen vor, sondern ein sehr energisches Tun. Nur das Wesen des Tuns und sein Inhalt ist von dem unmittelbaren Auslösen einer kausalwirkenden Naturkraft verschieden.[308])" Von diesem Standpunkte ausgehend, wurde schon bisher die Auffassung vertreten, daß der a. p., der nachträglich mit dem Eintritt der Deliktsvollendung einverstanden ist, wegen Unterlassung ihrer Verhinderung als Täter strafbar sei.[309]) Die Strafgesetzreform hat den Gedanken aufgegriffen und ihn — erstmals in § 24 des Entw. 1913 — im Strafgesetzbuch niedergelegt. § 24 lautet: „Wegen Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung ist nur strafbar, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu verhindern. Diese Pflicht besteht auch für den, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolgs herbeigeführt hat." Die gleiche Bestimmung enthält § 16 des Entw. 1919. Aehnlich drückt sich der Entw. 1925 in § 14 aus:

„Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, obwohl er hiezu rechtlich verpflichtet ist, wird ebenso bestraft, wie jemand, der den Erfolg verursacht.

Wer die Gefahr, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, durch seine Tätigkeit herbeiführt, ist verpflichtet, den Erfolg abzuwenden.

Die neueste Fassung des Gedankens in §§ 22 des E. 27 endlich lautet:

Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, ist nur strafbar, wenn er rechtlich verpflichtet ist, den Eintritt des Erfolges zu verhindern.

Wer durch sein Tun die Gefahr herbeiführt, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, ist verpflichtet, ihn abzuwenden."

Abs. I des §§ 22 enthält die schriftliche Niederlegung des oben schon erwähnten, in Praxis und Theorie bekannten Satzes, daß eine strafbare Tat auch durch Unterlassung begangen werden kann, daß aber hiewegen Strafe nur eintritt,

---

[305]) S. E b. Einl. XVIII, 3 und die dort benannten Theorien.
[306]) Vgl. E. 27 § 401.
[307]) Vgl. E b. Einl. XVIII B 2 h.
[308]) S. E b. Einl. XVIII B 3.
[309]) Siehe z. B. Kohler in Goltd. A. Bd. 55 S. 6; Raab S. 75, 76; Lobe in E b. § 48, 2 A d, a. E.; Korn S. 31 ff.

wenn der Unterlassende zur Abwendung des Erfolges rechtlich verpflichtet ist.[310]) Damit ist ausdrücklich eine strafrechtliche Haftung bei bloß sittlicher Pflicht zum Eingreifen verneint. Wann nun eine Rechtspflicht besteht, „ergibt sich aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Geboten der sogenannten Rechtsordnung, die im Laufe der Entwicklung natürlich auch dazu gelangen kann, Pflichten, die zunächst nur als sittliche Pflichten erscheinen, zu Rechtspflichten zu erheben." [311]) Ob nun der a. p. eine Rechtspflicht hat, den durch ihn in den Bereich der Möglichkeit gerückten Erfolg abzuwenden, könnte demnach noch zweifelhaft sein. Sicherlich hat er hiezu eine sittliche Pflicht. Eine Rechtspflicht möchten wir auf Grund des Abs. I des § *22* nicht ohne weiteres für gegeben erachten. Hier greift jedoch Abs. II ein, der nicht nur angefügt ist, um auszudrücken, daß „nicht jede noch so entfernte Bedingung, die jemand durch seine Tätigkeit für den Eintritt eines Erfolges gesetzt hat, eine Pflicht zur Abwendung des Erfolges begründet,[312]) sondern der auch zugleich gesetzlich bestimmen will, daß schon dann eine Rechtspflicht, nicht nur eine sittliche Pflicht, zum Eingreifen besteht, wenn jemand durch sein Tun auch nur eine Gefahr herbeigeführt hat, wobei es unerheblich ist, ob er dabei schuldhaft handelte oder nicht. Daraus ergibt sich, daß diese Bestimmung auch für den a. p. von Bedeutung ist. Dieser ist zwar, wenn er nur einen Versuch des Deliktes eintreten lassen will, nicht Anstifter; auch handelt er dabei in der Regel nicht schuldhaft. Er verursacht jedoch durch sein Vorgehen eine Erschütterung der Stellung des bedrohten Rechtsguts, eine „nahe Wahrscheinlichkeit" seiner Verletzung, m. a. W. er schafft einen Zustand der Gefahr; eine solche liegt dann vor, „wenn wegen einer nahen, nicht mehr verkehrsmäßigen Möglichkeit der Schädigung eines Gutes die Besorgnis seiner Verletzung begründet ist." [313]) Der a. p. ist daher nach Abs. *2* mit 1 des § *22* Entw. *27* in jedem Falle, d. h. auch wenn er vollkommen schuldlos seine Tätigkeit begonnen hat, gesetzlich verpflichtet, den Eintritt des Erfolges abzuwenden. Unterläßt er dies und ist er mit der Vollendung des Delikts einverstanden, so begeht er schuldhaft ein Kommissivdelikt durch Unterlassung und ist dann vorsätzlicher Täter des betreffenden im Besonderen Teil normierten Delikts.[314]) Wenn nun

[310]) S. hiezu die Ausführungen Lehmanns in der 10. Sitzung des 32. Ausschusses, Berlin vom 5. 10. 1927, Sitzungsbericht S. 1.

[311]) S. Begr. z. E. 27 S. 21.

[312]) S. Begr. zu E. 27 S. 23.

[313]) S. Köhler D. Str.R. S. 176 ff., sowie die dortigen Ausführungen über den Begriff „Gefahr", bes. den der objektiven Gefahr.

[314]) Vgl. hiezu die Ausführungen Bells in der 10. Sitzung des 32. Ausschusses, Berlin v. 5. 10. 1927, Sitzungsbericht S. 4.

Heilborn[315]) darauf hinweist, daß dann zwei Täter vorhanden seien und daß dann jeder Anstifter als Täter zu bestrafen sei, so ist ihm mit Korn[316]) entgegenzuhalten, daß man durch eine strafbare Handlung nicht die Verpflichtung übernimmt, den Erfolg derselben zu hindern, sondern daß man für das bestraft wird, was man getan hat, nicht für das, was man unterlassen hat. Der Anstifter haftet also für die durch ihn bewirkte Anstiftung, der a. p., der den Erfolg nicht abwendet, haftet für seine pflichtwidrige Untätigkeit.[317])

Wie verhält es sich nun mit der Frage, ob beim Nichteingreifen des a. p. Mittäterschaft oder Nebentäterschaft vorliegt? Mittäterschaft ist „das einverständliche schuldhafte Zusammenwirken mehrerer Personen in der Art, daß jede eine Tatbestandshandlung vornimmt".[318]) Der a. p. nimmt die Tatbestandshandlung vor, indem er bewußt die Hinderung des Erfolges unterläßt; der Verleitete führt sie physisch aus, er verursacht den Erfolg durch positives Handeln. Die Schuld des a. p. ergibt sich daraus, daß er entgegen seiner rechtlichen Verpflichtung nicht handelte, die des Verleiteten daraus, daß er entgegen dem gesetzlichen Verbot die Tat ausführte. Fraglich kann nur sein, ob das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit gegeben ist. Dies ist u. E. zu bejahen; denn der a. p. weiß in dem Moment, in dem er den Entschluß zur Nichthinderung der Tat faßt, sowie während der ganzen Dauer dieser Nichthinderung bis zum Eintritt des Erfolges, daß der Verleitete, und zwar durch positive Handlungen, den gleichen verbrecherischen Erfolg anstrebt. Der Verleitete ist der — anfänglich irrigen — Meinung, daß auch der a. p. mit ihm auf die Ausführung der Tat hinarbeite; diese Meinung entspricht von dem Augenblick an, in dem der a. p. seine Gesinnung wechselt und durch Nichteingreifen den Erfolg eintreten lassen will, auch der wirklichen Sachlage. Man kann daher unbedenklich sagen, daß von diesem Zeitpunkt an der Verleitete „weiß", daß der a. p. gemeinschaftlich mit ihm handelt. Somit liegt hier Mittäterschaft im Sinne des § 47 RStGB., § 28 Entw. 27 vor. Es ist daher der a. p. gleichfalls als Täter aus der nämlichen Gesetzesbestimmung wie der Verleitete zu bestrafen. Da auch der Verleitete vorsätzlich handelt, — der a. p. wird sich als Objekt seiner Tätigkeit nur eine vorsätzlich handelnde Person wählen, die er dann der Strafe zuführen kann —, so ist zu der Streitfrage, ob Mittäterschaft zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Handlung möglich ist, hier nicht Stellung zu nehmen.

---

[315]) Heilborn S. 98.
[316]) Korn S. 31, 32 ff.
[317]) S. Landsberg a. a. O. S. 164 unter b).
[318]) Frank § 47 III.

Sollte der a. p. sodann abermals seine Gesinnung wechseln und nun wieder dem Eintritt des Erfolges entgegenarbeiten wollen, so wird dadurch seine bisherige Strafbarkeit als Mittäter nicht ohne weiteres beseitigt; er kann sich dann nurmehr nach den Vorschriften über den Rücktritt vom Versuch, § 27 Entw. 27, von der Strafe befreien.[319])

Gedeiht das Delikt nur bis zum Versuche, obgleich der a. p. seine Vollendung „will", so sind wiederum zwei Fälle denkbar:

a) Der Verleitete wird durch äußere, unvorhergesehene Umstände an der Weiterführung seiner Tätigkeit, und damit an der Vollendung des Delikts, gehindert. In diesem Falle ist sowohl der Täter als auch der a. p. wegen vorsätzlicher Herbeiführung des versuchten Delikts in Mittäterschaft zu bestrafen, soweit der Versuch des Delikts strafbar ist, das heißt, bei Verbrechen allgemein und bei jenen Vergehen, deren Versuch im Gesetz besonders unter Strafe gestellt ist.[320])

b) Der Verleitete nimmt aus freien Stücken von der Ausführung der Tat Abstand und verhindert so die Vollendung der Tat, oder er wendet den Erfolg ab bezw. er bemüht sich um die Verhinderung des Erfolgeintritts, der dann tatsächlich, wenn auch aus anderen Gründen, unterbleibt. Hier ist nach § 27 Entw. 27 der Täter persönlich von Strafe frei; der a. p. dagegen, der nicht selbst seine Gesinnungsänderung rückgängig macht und den Erfolg abwendet bezw. nach § 27 Abs. II abwenden will, bleibt strafbar wegen vorsätzlichen Versuchs der objektiv vorliegenden strafbaren Handlung.

2. Fahrlässige Unterlassung der Erfolgsverhinderung.

§ 17.

Wir kommen nunmehr zur Besprechung des zweiten der oben angeführten Fälle: Der a. p. faßt zwar nicht den Entschluß den Eintritt der Deliktsvollendung durch sein Nichteingreifen vorsätzlich herbeizuführen, aber er verhält sich indifferent, er läßt die Dinge sich hemmungslos weiterentwickeln. Hier muß sich der a. p. als denkender Mensch eine Vorstellung von dem machen, was nun die Folge sein wird. Erkennt er die drohende Gefahr und die Möglichkeit des Verbrechenserfolges — und das wird die Regel sein —, dann liegt zum mindesten dolus eventualis vor, der auch hier, ebenso wie sonst im Strafrecht, ausreichend ist seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung der Tat zu begrün-

[319])Vgl. hiezu die Ausführungen bei Landsberg S. 162 ff.; S. 165, 166.

[320]) Vgl. E. 27 § 26.

den. Es gilt dann das oben Ausgeführte. Erkennt er dagegen die nahe Wahrscheinlichkeit des Erfolges nicht, obwohl er dies nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen hätte erkennen müssen, oder vertraut er, obwohl er den Erfolgseintritt als möglich voraussieht, darauf, daß er doch nicht eintreten werde, so fällt ihm Fahrlässigkeit im Sinne des § 19 Entw. 27 zur Last. Hier steht u. E. nichts entgegen den § 22 Abs. I und II Entw. 27 im Zusammenhalt mit der einschlägigen Strafbestimmung des Besonderen Teils gleichfalls anzuwenden, nur mit dem Abmaße, daß der a. p. nicht wegen Vorsatzes, sondern wegen Fahrlässigkeit bestraft wird, d. h. bei Uebertretungen grundsätzlich, soweit nicht das Gesetz Vorsatz fordert, § 378 Entw. 27, bei Vergehen und Verbrechen nur dann, wenn das Gesetz ausdrücklich auch die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht, § 16 Abs. III Entw. 27.

Schwierigkeit bereitet hier die Lösung der Frage, wie sich dann das Verhältnis zwischen dem vorsätzlich handelnden Täter und dem fahrlässig handelnden a. p. rechtlich gestaltet. Für die Annahme einer Mittäterschaft fehlt es an dem Erfordernis des Bewußtseins der Gemeinschaftlichkeit; denn der a. p. weiß ja gerade infolge seiner Fahrlässigkeit nicht, daß er durch sein Nichteingreifen den Erfolg herbeiführen wird. Ob zwischen einem vorsätzlich und einem fahrlässig handelnden Täter Mittäterschaft angenommen werden kann, ist bestritten. Wir möchten uns mit Köhler [321]) und dem RG.[322]) dahin entscheiden, daß § 47 RStGB. und entsprechend § 28 Entw. 27 [323]) nur gegenüber vorsätzlich handelnden Tätern zur Anwendung kommen kann, nicht dagegen dann eingreift, wenn, wie hier, der eine vorsätzlich, der andere fahrlässig handelt.[324])

Gleichwohl sind zweifellos beide für den Erfolg je nach dem Grade ihres Verschuldens verantwortlich. Dabei kann man dann mit Frank [325]) den Begriff der Nebentäterschaft anwenden, oder aber überhaupt von der Einreihung des Verhältnisses unter einen der bekannten strafrechtlichen Teilnahmebegriffe (im weiteren Sinne) ganz abgesehen, ohne da-

[321]) Köhler D. Str.R. S. 502; ebenso v. Liszt a. a. O. § 50 IV.

[322]) Vgl. RG.Str. in Goltd. Arch. 40 S. 159; 43 S. 34, ferner E. v. 8. 5. 25, I D 12 0/25.

[323]) Dahm S. 55 führt aus, daß der A.E. 1925 dem Deliktsbegriff das subjektive Element genommen habe und daß daher nach A.E. 1925 eine fahrlässige Mittäterschaft zwischen vorsätzlich und fahrlässig handelnden Personen anzunehmen sei.

[324]) Vgl. RG.Str. 43 S. 34; ebenso v.Bar II S. 713; a. M. Binding Grdr. S. 154; Dahm S. 52 ff.; Frank § 47, III; Lobe in Ebermayer § 47 Note 4; Berolzheimer S. 49.

[325]) Frank § 47, VII a. E.; s. auch v. Liszt a. a. O. § 50, VI und Anm. 18.

bei die Annahme des Kausalzusammenhangs zwischen der Tätigkeit des einen oder des andereen und dem Erfolge aufgeben zu müssen.[326])

Kommt es nur zu einem Versuche der Tat, so ergibt sich:

a) Bei Verhinderung des Erfolges durch äußere, nicht vorhergesehene Umstände haftet der Täter wegen Versuchs. Der a. p. wäre an sich strafbar wegen Versuchs eines fahrlässigen Delikts, soweit dieses überhaupt nach § 16 III Entw. 27 als fahrlässiges unter Strafe gestellt ist. Jedoch ist hier eine Bestrafung durch die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes, welches einen „Entschluß, eine mit Strafe bedrohte Tat zu begehen",[327]) also Vorsatz, verlangt, ausgeschlossen.

b) Tritt der Täter nach § 27 Abs. I—III Entw. 27 vom Versuche zurück, so wird er selbst von Strafe frei; aber auch der a. p. ist, da nur ein Versuch vorliegt, dessen fahrlässige Begehung nicht pönalisiert ist, nicht strafbar.

3. Erfolgloses Eingreifen des agent provocateur.

§ 18.

Es erübrigt noch ein Prüfung der dritten, eingangs an erster Stele aufgeführten Möglichkeit: ist der a. p. dann strafbar, wenn es ihm wider seinen Willen nicht gelingt, die Vollendung der Tat zu verhindern, sei es, daß seine Mittel und Kräfte unzureichend sind, oder daß ihm die nötige Zeit fehlt um rechtzeitig einzugreifen, sei es, daß er die Gefahr unterschätzt?

Hier kann möglicherweise wieder Fahrlässigkeit vorliegen, wenn nämlich der a. p. bei seinen Bemühungen die Vollendung der strafbaren Tat zu verhindern die nach § 19 ntw. 27 erforderliche und mögliche Sorgfalt außer acht läßt oder auf den Nichteintritt des Erfolges vertraut, obwohl er ihn als bevorstehend erkennen müßte. Es gilt dann das unter 2. Ausgeführte.

Soweit ihm aber keine Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, und er vielmehr alles in seinen Kräften stehende zur Abwehr der Vollendung der Tat und des Erfolges getan hat, kann eine Bestrafung auch nach § 32 Entw. 27 nicht erfolgen. Denn § 22 wollte keine Erfolgshaftung begründen;

---

[326]) Dahm S. 58 sagt bezüglich der Nebentäterschaft: „Sie ist nach den für die Täterschaft allgemein geltenden Grundsätzen zu behandeln. Jeder haftet für das, was er selbst verwirklicht hat. Betätigungen der übrigen Beteiligten sind ihm nicht zuzurechnen, da seine Tat mit der der übrigen nicht identisch ist."

[327]) E. 1927 § 26.

vielmehr kann es dem Sinne des Gesetzes nur entsprechen, daß eine strafrechtliche Haftung lediglich beim Vorliegen von Schuld, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, eintreten soll. Hat doch der Entwurf auch die bisherigen Fälle der reinen Erfolgshaftung beseitigt.[328]) Daraus folgt, daß in einem solchen Falle der a. p. nicht strafbar ist, auch wenn das Delikt vollendet wird; er kann also beim Versuch, wie sich aus § 22 ergibt, wegen seines mangelnden Vorsatzes nicht als Täter bestraft werden. Eine Haftung als Anstifter tritt, wie schon zu Anfang unserer Untersuchung ausgeführt, gleichfalls nicht ein. Ob dann eine subsidiäre Bestrafung wegen strafbarer Aufforderung nach § 195 und den folgenden §§ Entw. 27 sowie wegen Unterlassung der Anzeige nach § 199 Entw. 27 erfolgen kann, bemißt sich nach den oben gemachten Ausführungen.

F. Irrtum, Einwilligung des Verletzten.

1. Irrtum des agent provocateurs.

§ 19.

Es bleiben nun noch jene Fälle zu prüfen, in denen der a. p. nach dem bisher Ausgeführten strafbar wäre, in denen aber möglicherweise aus anderen Gründen die Strafbarkeit entfällt.

Hier ist zunächst der Einfluß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit auf die Strafbarkeit des a. p. zu untersuchen. Ob überhaupt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatze des Täters gehört, ist bestritten.[329]) Vorweg sei bemerkt, daß aus § 59 RStGB. die Lösung der Frage nicht gesucht werden kann.[330]) Für die Bejahung treten u. a. ein Binding,[331]) Olshausen,[332]) Hälschner,[333]) Beling;[334]) für ihre Verneinung Frank,[335]) Bing,[336]) von Bar,[337]) Köhler.[338]) Das Reichsgericht[339]) vertritt den Standpunkt, daß grundsätzlich

[328]) S. Begr. z. E. 27 S. 20 zu § 21.
[329]) Vgl. Olshausen Krit. Bemerkungen S. 31.
[330]) Vgl. Beling L. v. V. S. 188.
[331]) Binding, Normen, III S. 499.
[332]) Olshausen § 59 Note 16, 30.
[333]) Hälschner I S. 296.
[334]) Beling L. v. V. S. 188.
[335]) Frank § 59, III 2.
[336]) Bing a. a. O. S. 21.
[337]) von Bar, G. u. Sch. II S. 373 ff.
[338]) Köhler, wenigstens grundsätzlich, S. 295 D. Str.R.
[339]) Vgl. RG. Str. 15 S. 158; 20 S. 393; 37 S. 139.

das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz des Täters gehöre; lediglich da gehöre es dazu, wo dies ausdrücklich im Gesetz erwähnt sei.[340]) Andere Schriftsteller fordern das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit.[341])

Der Vorentwurf bestimmt in § 61:

„Hält der Täter die Handlung für erlaubt, weil er sich über nicht strafrechtliche Rechtssätze oder deren Anwendbarkeit irrt, so liegt Versuch nicht, und Fahrlässigkeit nur dann vor, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.

Hält der Täter die Handlung für erlaubt, weil er sich über das Strafgesetz irrt, so können hinsichtlich der Bestrafung die Vorschriften über den Versuch (§ 76) angewendet werden."

Damit ist die bisherige Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum beibehalten und bei ersterem die Tat nach wie vor für strafbar erklärt.

Nach Entw. 1913 darf bei Rechtsirrtum auf gewisse Strafarten und Nebenstrafen nicht erkannt werden; bei Entschuldbarkeit des Irrtums ist mildere Bestrafung, und in besonders leichten Fällen Absehen von Strafe zulässig.[342]) Der Entw. 1919 schreibt bei Tat- wie bei Rechtsirrtum Milderung der Strafe vor; bei unverschuldetem Irrtum hat Straffreiheit einzutreten.[343])

Der A.E. von 1925 erklärt in § 13:

„Ein Irrtum, der den Täter das Unerlaubte seiner Tat nicht erkennen läßt, schließt die Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung aus.

Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so finden die Vorschriften über fahrlässige Handlungen Anwendung."

Hier ist also auf das „Unerlaubte" der Tat abgestellt. Damit kommt der Entwurf nahe an den Bindingschen Grundsatz heran, daß zum Vorsatz des Täters das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre.[344]) Jedoch besteht ein großer Unterschied gegenüber den Bindingschen Gedanken darin, daß nach Binding dem Täter das Vorhandensein des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nachzuweisen ist, während nach dem Entwurf, wie Alsberg zutreffend bemerkt,[345]) „das Bewußtsein des Unerlaubten nur dann zu erörtern ist, wenn Zweifel auftauchen, d. h. wenn der Täter einen Irrtum über die Unerlaubtheit behauptet oder die Umstände die Möglichkeit eines solchen Irrtums nahelegen." Im A.E. von 1927 ergibt sich

[340]) S. RG. Str. 61 S. 258.
[341]) S. Finger 1 S. 261, u. Anm. 350.
[342]) S. E. 1913 § 114.
[343]) S. E. 1919 § 12.
[344]) Vgl. Binding Normen II S. 161 ff.
[345]) S. Alsberg in Aschrott a. a. O. S. 59.

der strafbefreiende bezw. strafaufhebende Einfluß des Tatirrtums schon aus den §§ 17—19, welche die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit gesetzlich festlegen. Eine nähere Stellungnahme hiezu erscheint überflüssig, da wohl angenommen werden kann, daß der a. p. in aller Regel über die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung, zu der er verleitet, nicht im unklaren sein wird. Von Bedeutung ist dagegen, die Regelung des Rechtsirrtums, die der E. 27 in § 20 bringt; dort ist bestimmt:

> „Handelt der Täter vorsätzlich, aber in einem entschuldbaren Rechtsirrtum, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt, so ist er straffrei. Ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann die Strafe gemildert werden (§ 73)."

Hier ist, entgegen der bisherigen Rechtsprechung des RG., die Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum aufgegeben [346]) und in Weiterbildung des zuerst in der Irrtums-VO. v. 18. 1. 1917 [347]) vertretenen Gedankens darauf abgestellt, ob der Täter sich in einem Irrtum befand, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen ließ. War der Irrtum unverschuldet, so tritt Straflosigkeit ein, war er verschuldet, so kann Strafminderung eintreten. Es ist dies zweifellos ein Fortschritt gegenüber der Reichsratsvorlage, die auf die Kenntnis der „Unerlaubtheit" abstellte und damit dem Täter, der ein laues Rechtsgefühl hat, eine Vorzugsstellung gegenüber jenem gibt, dessen Moral strengere Anforderungen an die Lebensführung stellt.[348]) Was unter „unrechtmäßig" verstanden werden soll, drückt die Begründung [349]) mit folgenden Worten aus: „Der Entwurf versteht das Wort unrechtmäßig in der weitesten Bedeutung. Es soll jeden Widerspruch mit der Rechtsordnung decken, gleichgültig, ob es sich um gesetztes oder nicht gesetztes und ob es sich um öffentliches Recht oder um einen anderen Rechtszweig handelt." Wenn der Täter sich in einem derartigen Irrtum befand, dann soll zwar nicht sein Vorsatz ausgeschlossen sein, wohl aber soll er wegen der Tat nicht bestraft werden können; hat er seinen Irrtum verschuldet, dann soll er zwar nicht die volle, wohl aber eine nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs gemilderte Strafe erhalten.

Was nun die Ttäigkeit des a. p. anlangt, so wird er wohl in der großen Mehrzahl der Fälle sein Tun für erlaubt, für

---

[346]) Begr. S. 19.
[347]) RGBl. S. 58.
[348]) Alsberg in Aschrott a. a. O. S. 59 verteidigt die Fassung des E. 1925 damit, daß er sagt, die Praxis werde der Begründung des E. 1925 folgen und definieren: „Unerlaubt ist, was das Recht oder das Sittengesetz verbietet."
[349]) Begr. S. 20.

rechtmäßig halten; wird doch diese Auffassung von vielen Schriftstellern, wenn auch mit diesen oder jenen Einschränkungen, deren Kenntnis der a. p. nicht haben kann, vertreten. Dazu kommt noch, daß der a. p., wenn er Beamter ist, sich auf seinen Auftrag[350]) berufen und schon deshalb die Tat für rechtmäßig erachten wird.[351]) Die Lösung der einzelnen hier vorkommenden Fälle war bisher in Wissenschaft und Rechtsprechung sehr vielgestaltig, besonders deshalb, weil die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatirrtum große Schwierigkeiten bereitete. Nunmehr, da der Entw. 27 mit Recht den straftrechtlichen und den außerstrafrechtlichen Irrtum gleichgestellt hat, dürfte sich die Beantwortung der einzelnen Fragen bedeuend vereinfachen. Denn mag nun der a. p. glauben, jedermann sei zu solcher Tätigkeit befugt, oder nur er als Beamter sei es, oder der erhaltene Befehl decke ihn, in jedem Falle ist er in einem Irrtum befangen, der ihn das Unrechtmäßige seiner Tat nicht erkennen läßt. Es ist dann nur mehr zu prüfen, ob dieser Irrtum verschuldet ist oder nicht. Betrachtet man nun die Stellung dieser Leute, welche — meistens im Auftrage der Polizei — a. p.-Dienste leisten, und faßt man ferner den Zweck ihrer Ttäigkeit ins Auge, nämlich den Schutz bedrohter Rechtsgüter vor verbrecherischen Angriffen, dann wird man es wohl durchaus erklärlich finden, daß in der weitaus größten Zahl aller Fälle der a. p. sich mit Erfolg darauf berufen können wird, er habe sein Vorgehen für rechtmäßig gehalten. Aus diesem Grunde wird der a. p., selbst wenn er nach den früheren Ausführungen grundsätzlich strafbar wäre, gleichwohl häufig straflos ausgehen.

2. Einwilligung des Verletzten.

§ 20.

Im folgenden sei kurz noch zu der Frage Stellung genommen, welchen Einfluß die Einwilligung des Verletzten auf die Strafbarkeit des a. p. und die des Verleiteten auszuüben geeignet ist. Zu der Streitfrage, bei welchen Delikten die Einwilligung strafrechtlich von Bedeutung ist, soll hier nicht Stellung genommen werden; vielmehr wollen wir unserer Betrachtung eben jene Fälle zugrundelegen, bei denen die Einwilligung des Verletzten die Wirkung hat die Straflosigkeit des Täters zu begründen.[352])

---

[350]) Vgl. van Calker „Befehl" S. 24; wegen der Gehorsamspflicht der Beamten s. ebenda S. 39 ff.

[351]) S. dazu die einzelnen bei Heilborn S. 146 angeführten Fälle.

[352]) Vgl. Frank, Vierter Abschnitt, III, vor § 51, s. auch Kosterlitz S. 23, 24.

Was das Wesen der Einwilligung betrifft, so spricht ihr Zitelmann[353]) einen rechtsgeschäftlichen Charakter zu; die Gültigkeit der Einwilligung sei nach den Regeln des bürgerlichen Rechts zu beurteilen; der Täter erhalte durch die Einwilligung ein Recht zur Vornahme der betreffenden Handlung.[354]) Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Vielmehr ist u. E. lediglich das Einverständnis des Verletzten mit der gegen eines seiner Rechtsgüter gerichteten Handlung nötig; die Einwilligung braucht dem Täter nicht unbedingt erklärt zu sein; zutreffend führt Köhler aus:[355]) „Entsprechend der Vielgestaltigkeit der Einwilligungsfälle sind auch die Form und die Voraussetzungen nicht völlig einheitlich zu bestimmen. Bald genügt inneres Einverständnis, bald muß eine Zustimmung kundgegeben sein, bald muß sie dem Täter erklärt sein."

Stets ist aber genau festzustellen, ob eine wirkliche Einwilligung vorliegt, nicht nur ein bloßes Dulden, Geschehenlassen, z. B. aus Angst vor einem tätlichen Angriff des Täters bei Einspruch gegen sein Vorgehen.[356]) Soweit die Einwilligung nicht aus den Umständen zu erkennen ist, muß sie in der Regel dem Täter kundgegeben werden, um wirksam zu sein.[357]) Jedenfalls liegt dann eine strafaufhebende Einwilligung vor, wenn der a. p. durch wörtliche Erklärung oder durch konkludente Handlungen des Bedrohten Kenntnis von dessen Einverständnis mit der Tat erlangt.[358])

Wie die Einwilligung strafrechtlich zu qualifizieren ist, ist bestritten. Wir sind der Ansicht, daß sie, soweit sie vom Recht für relevant erklärt wird, ein Rechtfertigungsgrund in dem Sinne ist, daß bei ihrem Vorliegen zwar eine objektiv strafbare Handlung gegeben ist, der Täter aber mangels Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht bestraft werden kann.[359]) Das geltende RStGB. enthält über die Wirkung der Einwilligung im allgemeinen keine ausdrückliche Bestimmung. Lediglich in § 216 (Tötung auf Verlangen) ist im besonderen zu der Frage der Wirkung einer Einwilligung Stellung genommen und ihr strafmildernde Wirkung beigemessen. Der

---

[353]) Zitelmann Arch. f. Ziv.Pr. 99 S. 42 ff., s. aber Honig S. 161 ff., 164.

[354]) Ebenso Deubert S. 43.

[355]) Köhler D. Str.R. S. 410.

[356]) S. Kosterlitz S. 24.

[357]) Vgl. Köhler D. Str.R. S. 411; a. A.: Heilborn S. 176, Honig a. a. O. S. 153.

[358]) Vgl. Honig a. a. O. S. 139: Einwilligung ist „Der Ausdruck des Einverständnisses mit einem bevorstehenden Verhalten eines andern, das der sein Einverständnis Erklärende verhindern kann", und S. 145 „Was die Form der Einwilligung anlangt, so ist heute allgemein anerkannt, daß der ausdrücklichen Erklärung ein konkludentes Handeln des Einwilligenden gleichsteht."

[359]) Vgl. Frank, Vierter Abschnitt III.

V.E. v. 1919 erwähnt die Einwilligung überhaupt nicht, der Entw. v. 1913 dagegen führt sie in § 293 anläßlich der Strafbestimmungen über Körperverletzung als einen Grund des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit an; der Entw. 1919 übergeht die Frage vollständig, während wiederum der A.E. v. 1925 in § 239 — und ihm folgend der A.E. v. 1927 in § 264 — zu der Frage der Einwilligung Stellung nimmt, aber auch nicht im allgemeinen sondern lediglich bezüglich ihrer Wirkung bei Körperverletzungen.

Dafür, ob die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat als solcher aufhebt, oder nur die Bestrafung des Täters ausschließt, gibt der Wortlaut des § 239 Entw. 25 bezw. § 264 Entw. 27 keinerlei Anhaltspunkte. Die Begründungen sprechen sich dahin aus,[360]) daß der Gesetzgeber die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund aufgefaßt wissen will. Soweit also der Täter gegen eine Strafbestimmung verstößt, bei der die Einwilligung rechtliche Bedeutung hat, kann er wegen dieses Rechtfertigungsgrundes nicht bestraft werden.

Wenn aber einmal eine wirksame Einwilligung vorliegt, so muß diese auf die Strafbarkeit sämtlicher am Delikt beteiligter Personen die gleiche Wirkung ausüben, d. h. es muß dann nicht nur der a. p., sondern auch der von ihm verleitete physiche Täter straflos sein. Mit Recht bemerkt Martini:[361]) „Eine Teilung der Einwilligung gegenüber Anstifter und Täter läßt sich im Hinblick auf das Wesen der Einwilligung nicht rechtfertigen. Man kann wohl einer Handlung gegenüber auf den Rechtsschutz verzichten, der anderen gegenüber nicht; man kann aber nicht derselben Handlung gegenüber einmal verzichten wollen, das andere Mal Bestrafung fordern." Hieraus folgt, daß, wenn der a. p. zugleich der Angegriffene ist, nicht nur er selbst, sondern gleichermaßen auch der Verleitete nicht bestraft werden kann.[362])

Wenn der Angegriffene ein Dritter ist, so ist zu unterscheiden:

Ist die Einwilligung dem a. p. wörtlich erklärt oder ihm bekannt bezw. aus den Umständen zu entnehmen, so ist er straflos; ebenso ist der Täter straflos.

Ist die Einwilligung zwar innerlich in der Seele des Angegriffenen vorhanden, jedoch dem a. p. nicht bekannt, so nützt ihm diese reservatio mentalis nicht; vielmehr ist er, soweit nicht andere Gründe entgegenstehen, für seine Tat verantwortlich und kann sich nicht auf das tatsächliche Vorliegen der Einwilligung, das sich vielleicht nachträglich herausstellt, berufen. Der Verleitete ist hier selbstverständlich als Täter zu bestrafen.

---

[360]) Begr. zu E. 25 S. 124; zu E. 27 S. 134.
[361]) Martini S. 53.
[362]) Vgl. Heilborn S. 181.

Nimmt der a. p. irrtümlich an, die Einwilligung sei erteilt, so kommt das oben hinsichtlich der Bedeutung des Irrtums Angeführte zur Anwendung, d. h. der a. p. bleibt bei unverschuldeter Annahme dieses Rechtfertigungsgrundes straflos[363]) (E. 27 § 17); bei verschuldeter Annahme dagegen wäre er an sich wegen fahrlässiger Begehung strafbar[364]); da aber fahrlässige Anstiftung nicht strafbar ist, so kann der a. p. auch im letzteren Falle nicht bestraft werden. An der Strafbarkeit des Verleiteten wird dadurch natürlich nichts geändert.

Weiß endlich der a. p., daß eine Einwilligung tatsächlich nicht vorliegt, glaubt er aber, der Angegriffene würde, wenn er von dem Vorhaben Kenntnis hätte, damit einverstanden sein, so steht ihm jedenfalls der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung nicht zur Seite; denn eine solche ist ihm nicht erteilt. Nicht angängig ist es auch hier mit Zitelmann die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden. Auch der Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung[365]) kann nicht zur Annahme eines Rechtfertigungsgrundes führen, da niemand sich einen derartigen Eingriff gefallen zu lassen braucht, auch wenn er zu seinen Gunsten erfolgt;[366]) es ist vielmehr stets eine Einwilligung des Angegriffenen nötig. Eine solche muß jedoch wenigstens in den Fällen als vorhanden angenommen, vermutet werden, in denen dem Bedrohten keine allzugroße Gefahr, besonders nicht für Leben oder Gesundheit, erwächst.[367]) Immerhin wird die Grenze flüssig bleiben und der a. p. jedenfalls dann der Strafe auf Grund der Annahme, der Angegriffene würde mit seinem Vorgehen einverstanden sein, nicht entgehen, wenn die Duldung der Herbeiführung der Gefahr dem Bedrohten nach den Umständen billigerweise nicht zugemutet werden kann.

Auf die Strafbarkeit des Verleiteten ist die Annahme des a. p., der Bedrohte werde mit seinem Tun einverstanden sein, ohne Einfluß.[368])

Daß natürlich der Glaube an die Einwilligung nur bei jenen Delikten von Bedeutung für die Strafbarkeit des a. p. sein kann, bei denen das tatsächliche Vorliegen der Einwilligung die Straffreiheit aufheben würde, bedarf keiner näheren Erörterung.

---

[363]) S. RG. E. d. 3. Senats vom 25. 3. 1926 3 D 92/26 in J.W. Bd. 55 Sp. 1989.

[364]) S. Honig a. a. O. S. 153.

[365]) S. Mezger in G.S. 89 S. 287 ff.

[366]) Vgl. Heimberger in Aschrott a. a. O. S. 90.

[367]) Vgl. Heimberger in Aschrott a. a. O. S. 90.

[368]) Heilborn S. 185—187 kommt zur grundsätzlichen Bejahung der Strafbarkeit des a. p. in diesen Fällen, erkennt jedoch Ausnahmefälle an.

G. Schlußwort.

§ 21.

Wir stehen am Ende unserer Ausführungen, in welchen wir versucht haben die Lösung der Frage, ob und inwieweit der a. p. strafbar ist, so zu finden, daß sie dem Sinne und dem Wortlaut des Gesetzes, zugleich aber auch unserem rechtlichen Empfinden möglichst entsprechend gestaltet werde. Es erscheint uns nicht unbillig, daß man den a. p., solange er nur zum Versuche eines Delikts auffordert und den Eintritt des Erfolges verhindert, straflos lasse, daß man ihn aber dann, wenn er schuldhaft unterläßt den Eintritt des Erfolges abzuwenden, wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Begehung des Delikts bestrafe.

Was unsere Stellungnahme zum Institut der a. ps. anlangt, so soll ihre Tätigkeit keineswegs als ehrenwert hingestellt werden. Gleichwohl halten wir diese Gruppe von Menschen zum Schutze des Staates und damit der Allgemeinheit für notwendig; denn bei dem gewandten Vorgehen der heutigen Verbrecher wird es oft nur durch das Eingreifen von a. ps. möglich sein die staatsfeindlichen Elemente zu entlarven und die verbrecherischen Parasiten an der Wurzel zu erfassen. Ja, wir glauben sogar, daß der Staat, selbst wenn der a. p. nicht innerhalb gewisser Grenzen durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches gedeckt wäre, sich dieser Einrichtung jedenfalls dann bedienen dürfte, wenn es sich um Angriffe gegen seinen Bestand in wirtschaftlicher oder politischer Hinsicht handelt; man denke hier nur an den Verrat wichtiger Fabrikgeheimnisse oder militärischer Angelegenheiten an das Ausland! Hier müßte man dem Staate schon auf Grund der Bestimmungen über das Recht der Notwehr oder mindestens des Notstandes die Befugnis zuerkennen zum Zwecke seiner Selbsterhaltung die Hilfe von a. ps. in Anspruch zu nehmen.

Da jedoch u. E. die straflose Verwendung von a. ps. bis zu gewissen Grenzen schon durch das Gesetz gedeckt ist, ist es gar nicht nötig, auf diesen letzten Rechtfertigungsgrund zurückzugreifen. Und so hoffen wir, daß die hier besprochenen Bestimmungen der Strafgesetzentwürfe für sich ebenso wie das große Werk der Strafgesetzreform im ganzen dazu beitragen mögen, dem Wiedererstarken des Rechtsgefühls aller Deutschen und damit dem neuen Aufstieg unseres Vaterlandes zu dienen.